This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

WIDENER LIBRARY
HX GFEC L

H 7203.141

Harvard College Library.

FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 29 June, 1891.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Ein und zwanzigster Theil erste Abtheilung.

Erlangen

in der Palmischen Verlagsbuchhandlung.

1820.

VI. 9255
AH 7203.141
Harvard College Library,
29 June 891.
From the Library of
PROF. E. W. GURNEY.

Lib. XXII. Tit. I.

De usuris et fructibus et causa et omnibus accessionibus et mora.

§. 1129.

Erklärung der Ausdrücke usura und foenus. Begriff von Zinsen. Eintheilung derselben nach dem Kapital. Rechtmäßigkeit der Zinsen.

Das Wort Usura [1]) welches von uti abstammt, bezeichnet bey den Alten theils den Gebrauch, welcher von einer Sache, insonderheit vom Gelde, einem Andern ge-

1) Die vorzüglichsten Schriften sind *Car.* Molinaei Tr. Commerciorum et Usurarum Reditumque pecunia constitutorum, et Monetarum, cum nova et analytica explicatione *L. eos Cod. de Usur. L. Periculi pretium D. de naut. foen.* et omnium legum usurariarum, multarumque legum et canonum vero et nativo nove detecto intellectu. *Coloniae Agripp.* 1577. 8. *Hug.* Donelli Tr. de Usuris; in *Eius* Operib. prior. *Francof. ad Moen.* 1589. 4. *Franc.* Duareni Commentar. in Tit. 32. Lib. IV. Cod. et Tit. 1. Lib. XXII. Pand. de Usuris et fructibus, etc. in *Eius* Operib. *Francof.* 1592. fol. p. 996. sqq. *Jo.* Borcholten Commentaria in Tit. 32. Libri IV. Codicis, qui inscribitur de Usuris. *Helmst.* 1596. 8. *Claud.* Salmasii liber de Usuris. *Lugd. Batavor.* 1638. 8.

ſtattet wird; theils dasjenige, was für den Gebrauch einer dargeliehenen Geldſumme von dem Empfänger derſelben gegeben wird. Für das letztere brauchen jedoch die Alten gewöhnlicher den Pluralis *Usurae*, welches wir durch Zinſen, nicht ganz paſſend durch Intereſſen zu überſetzen pflegen. Für die erſte Bedeutung dient unter andern die Stelle des Cicero[2]), wo er von der Natur ſagt: Ea quidem dedit *usuram vitae*, tanquam *pecuniae*, nulla praestituta die. Quid est igitur, quod querare, si repetit, cum vult? ea enim conditione acceperas. Für die letzte Bedeutung ſpricht die Stelle des Pomponius libro VI. ad Quintum Mucium[3]). *Usura pecuniae*, quam percipimus, in fructu non est: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione. Zinſen ſind alſo hier der Ertrag des Geldes, reditus pecuniae[4]). Daher ſagt Iſidorus[5]): *Usura* est incrementum foenoris, ab usu

Eiusd. lib. de modo Usurarum. *Ibid.* 1639. 8. *Eiusdem* Dissertatio de foenore trapezitico in tres libros divisa. *Ibid.* 1640. 8. und *Ger.* Noodt de foenore et usuris libri tres. *Lugd. Batav.* 1698. 4. (in *Operib. Lugd. Batav.* 1735. fol. edit. Tom. I. pag. 175. sqq. wo dieſer Tractat nach der 4ten Ausgabe abgedruckt iſt.) Die Schriften über einzelne Gegenſtände dieſer Rechtslehre werden an den gehörigen Orten angezeigt werden.

2) *Tusculanar. Disputation. Lib. I. cap.* 39. Man vergleiche noch Cicero *in Catilin.* I. c. 12; *pro C. Rabirio Post.* in fin. et *pro Sulla* c. 32.

3) *L.* 121. *D. de Verbor. Signif.*

4) *L.* 24. *D. de praescript. verb. L.* 30. *pr. D. de adim. vel transfer. legat.*

5) *Origin.* Lib. V. Cap. 25.

aeris crediti nuncupata, und eben ſo Varro[5]: Compendium, quod, cum compenditur una sit: a quo *usura*, quod in sortem accedebat, impendium appellatum: quae cum accederet ad sortem, ex usu *Usura* dicta. Beyde Bedeutungen verbindet Cicero[7] in folgender Stelle: Quis enim hoc fecit unquam? quis denique conatus est facere, aut posse fieri cogitavit, ut, cum Senatus publicanos *usura saepe iuvisset*, magistratus a publicanis *pecuniam pro usuris* auderet auferre. Nehmen wir dieſe, wiewohl von einigen[8] beſtrittene Leſeart als richtig an, ſo heißt hier *pecuniae usura iuvare*, Geld darleihen, mit Geld unterſtützen, und *pecuniam pro usuris auferre*, das Geld für Zinſen wieder entreiſſen. Statt Usura in der letzten Bedeutung war jedoch urſprünglich das Wort *foenus* gebräuchlicher[9], worunter die Alten zwar ſehr häufig das verzinsliche Darlehen, oder die verzinsliche Schuld ſelbſt[10], doch eigentlicher noch die Zinſen[11] verſtanden.

6) *De Lingua Lata* Lib. IV.

7) *Accusationis in Verrem* Lib. III. cap. 78.

8) Gronovius de pecunia vet. Lib. IV. c. 3. will nämlich ſtatt usura vielmehr *versura* leſen, worunter denn ein mutuum und zwar hier ein unverzinsliches Darlehn verſtanden werden ſoll. Allein Hotoman in der Gräviſchen Ausgabe, und Salmasius de Usuris. Cap. IV. pag. 83. behalten die gemeine Leſeart bey, und haben die von mir angenommene Erklärung.

9) Noodt de foenore et Usur. Lib. I. cap. 2. init. hat dieſes aus mehreren Stellen des Cato und Plautus erwieſen.

10) Salmasius cit. lib. Cap. 2. pag. 23. sqq. et Cap. 7. hält dieſe Bedeutung zwar für die eigentliche und Hauptbedeutung, und hat auch dafür viele Stellen aus den Claſſikern angeführet. Allein man ſehe dagegen Noodt de F. et U. Lib. I. cap. 5. pag. 181.

11) Cornelius Nepos in vita Attici. Cap. 9. Pecuniam

Ob übrigens das Wort foenus nach Salmasius[12]) von dem griechischen Wort ποινή, welches nicht blos Strafe, sondern auch Lohn, Vergeltung bedeutet, gleichsam foinos, wovon foenor und zuletzt foenus entstanden seyn soll; oder nach der Etymologie der Alten[13]) von foetus, quasi foetura quaedam nummorum seu pecuniae, so wie das griechische Wort τόκος, usura, von

sine foenore ei credidit. Plautus in *Mostellaria*. Act. III. Sc. 1. n. 1. sqq. Cicero in *Catone maj. de Senectute*. Cap. 15. *L. 1. Cod. Theod. de usuris rei iud. L. 4. D. de naut. foenore. L. 24. D. de usu et usufr. leg. L. 42. §. 2. D. Sol. matrim. L. 58. §. 2. D. ad SCt. Trebell. S. Jo. Frid.* Gronovius Mantissa de pecun. veter. Cap. 1.

12) Cit. lib. Cap. 2. pag. 21. et 35.

13) Festus *de verb. veter.* Voc. *Fenus*. Fenus appellatur naturalis terrae fetus; ob quam causam et *nummorum fetus fenus est vocatum*, et de ea re leges fenebres, fenus et feneratores et lex de credita pecunia fenebris *a fetu* dicta, quod crediti nummi alios pariant, ut apud Graecos eadem res τόκος dicitur. Varro *de Lat. Serm.* Lib. III. Fenus autem dictum est *a fetu* et quasi *fetura quadam pecuniae*. Nam et *Catonem* et caeteros antiquiores sine o littera *fenus* pronunciasse contendit, ut fetus et fecunditas. Gellius *Noct. Atticar.* Lib. XVI. cap. 12. welcher sich auf Nonius beruft. Nonius sagt Cap. 1. pag. 513. Fenus ab eo dictum est, *quod pecuniam pariat increscenti tempore*, quasi *fetus* et *fetura*. Nam et Graecis τόκος dicitur ἀπὸ τοῦ τίκτειν, quod est parere. Eben dieser Nonius bestärkt Cap. 5. pag. 731. die angegebenen beyden Bedeutungen von *foenus*. Mutuum a foenore hoc distat, quod mutuum sine usuris, *foenus cum usuris sumitur*, et est (oder) wie man

τίκτειν, parere, oder endlich nach Voß [14]) von den alten und obsoleten Worten feo, d. h. gigno, pario, wovon auch fetus, fecundus, und fenum abstammen, seinen Ursprung erhalten habe, kann man dahin gestellt seyn lassen. Soviel ist indessen gewiß, daß das Wort *foenus* nur von solchen Zinsen gebraucht werde, welche bey dem Ausleihen des Geldes bedungen worden sind, von andern Zinsen wird es nie, sondern immer das Wort *Usura* oder vielmehr im Plurali *Usurae* gebraucht [15]). Daher sind die Zinsen entweder *usuras*, *foenebres*, oder non foenebres, je nachdem sie entweder aus einem verzinslichen Darlehn, oder aus einem andern rechtlichen Grunde, z. B. wegen Verzugs gefordert werden können [16]).

Zinsen, foenus, wie usurae, setzen nun I. immer eine schuldige Quantität fungibler Sachen voraus, welche das Kapital, *Sors* [17]), *Capitale* [18]), *Summa* ere-

mit Noodt p. 181. lesen kann *est et*, wenn eine Emendation nöthig wäre,) *accepti* (i. e. eius, quod accepti debitor) *foetus*, unde et *foenus* dictum est, ut graece τόκος, quasi *partus mutui sumti*.

14) *Etymolog.* h. v. Man sehe auch Gesneri Thes. ling. et erudit. Rom. V. *feo* und *foenus*.

15) *L.* 1. §. 3. *D. de pignor.* *L.* 24. *D. de praescr. verb.* *L.* 8. *D. de eo, quod certo loco.* *L.* 24. *D. et L.* 4. *Cod. Depositi.* S. Noodt de F. et U. Lib. I. Cap. 3. pag. 182. §. *Dixi*, und Cujacius in Paratitl. ad Tit. Pand. de nautico foenore.

16) Salmasius de Usuris. Cap. IV. pag. 81.

17) *L.* 24. *D. de praescript. verb.* *L.* 3. *et* 4. *Cod. Theod. de Usur.*

18) *L.* [illegible] *in fin. Cod. Theod. de usuris rei iudic.* [illegible] *Tobias* Cap. [illegible] Quanta sibi

diti[19]) *Debiti quantitas*[20]) genennt wird. Bey andern nicht fungiblen Sachen kann nur dann von Zinsen die Rede seyn, wenn die Sache für ein bestimmtes zinsbares Pretium geschätzt worden ist[21]). Das Kapital kann aber entweder in Gelde, oder in andern verbrauchbaren Sachen bestehen z. B. Getraide, Wein, Oel. (*L. 12. L. 23. C. h. t.*) Daher sind die Zinsen entweder Geldzinsen, usurae *Pecuniae*, oder Fruchtzinsen, usurae *Specierum*. Species heißen also hier soviel als Früchte[22]). Eine Abtheilung, die nicht ohne practisches Interesse ist, wie aus der Folge sich ergeben wird.

fecerunt vocabula? Nummus datur et *foenus* appellatur: *Sors* dicitur, *Caput* vocatur.

19) *L. 1. Cod. Th. h. t.*

20) *L. 1. Cod. Th. cit.*

21) Beyspiele enthalten *L. 5. §. ult. D. h. t. L. 17. §. ult. D. eodem.* In der letztern Stelle ist von Usuris statuarum et imaginum ponendarum die Rede. Allein statuas vel imagines ponendas legare heißt nichts anders als eine Summe Geld zum Ankaufe und Errichtung der Statüen und Bildsäulen vermachen, welche denn der Erbe auch dazu verwenden muß. Ist der Erbe hierin säumig; so kann ihn die Obrigkeit einen Termin setzen, dessen Verabsäumung eine bestimmte Zinszahlung zur Folge hat. *L. 5. D. de Operibus publicis.* Noch mehrere Beyspiele findet man in *L. 8. Cod. Si certum petatur*, und *L. 25. Cod. h. t.* S. Donellus de Usuris Cap. 1. und besonders Noodt de Foen. et Usur. Lib. I. Cap. 2. pag. 177. seq.

22) *L. 26. §. 1. Cod. h. t.* Verb. *vel specierum foenori dationibus.* Man sehe auch *L. 1. Cod. Theod. eodem.* Heineccius Antiquitat. Romanar. Iurisprud. illustrant. Syntagm. Lib. VIII. Tit. 15. §. 17. und Io. Mich. Stimmer Diss. de specierum usuris. Giessae 1732.

II. Zinſen werden für den Gebrauch einer ſchuldigen Quantität fungibler Sachen entrichtet[23]). Daß der Schuldner aber dieſen Gebrauch immer ſelbſt gemacht haben müſſe, iſt nicht nöthig; genug wenn der Gebrauch möglich war[24]). Auf Seiten des Gläubigers ſind zwar die Zinſen eine Vergütung für den entbehrten Gebrauch[25]), ſie können aber auch ein Gewinn und Belohnung für die übernommene Gefahr des Kapitals ſeyn, wie beym foenus nauticum[26]).

III. Zinſen werden der Regel nach in Sachen derſelben Art gegeben, in denen das Kapital beſteht. Denn ſie ſind eine accessio und additamentum sortis. Beſteht alſo das Kapital in Gelde, ſo werden auch die Zinſen in Gelde bezahlt; beſteht aber die Hauptſchuld in Früchten, ſo werden auch die Zinſen in Früchten entrichtet. Jedoch kann dieſes durch Vertrag abgeändert werden[27]). Be-

23) *L.* 68. §. 6. *D. ad SCt. Trebell. L.* 60. *D. pro Socio. L.* 16. §. 1. *D. h. t.* Noodt de F. et U. Cap. 2. in fin. pag. 180. Daher ſagt Cujacius Observation. Lib. XXIV. cap. 40. *Usura* est incrementum, quod sorti debitae propter usum.

24) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 965. Not. 1. Hufelands Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 355.

25) *L.* 17. §. 3. *D. h. t. L.* 13. §. 20. *D. de act. E. et V.* S. *Jo.* Strauch Diss. de centesimis usuris. *Jenae* 1672. Cap. 2. pag. 8.

26) Strauch cit. Diss. Cap. 5. pag. 44.

27) Anderer Meinung iſt zwar Hufeland a. a. O. §. 355. Not. c. wo er die Regel aufſtellt: *Qualis sors, talis debet esse usura*, ſonſt ſeyen es nicht eigentliche Zinſen; allein man ſehe Noodt de F. et U. Cap. 2. §. Est igitur. pag. 179. seq. und Strauch cit. Diss. Cap. 2. p. 8.

steht nämlich das Kapital in einer Geldschuld, so kann verabredet werden, daß statt der Zinsen in Gelde eine Quantität Getraide oder Wein geliefert werden solle[28]). Es kann auch der Schuldner dem Gläubiger die Nutznießung eines Grundstücks[29]), oder die Bewohnung eines Hauses statt der Zinsen einräumen[30]). Nur bey einem Fruchtkapital scheint es anders zu seyn. Hier sagt ein Gesetz, die Zinsen sollen auch in Früchten, deren Quantität denn auch schon, wenigstens bis auf das Maximum, gesetzlich bestimmt ist[31]), entrichtet werden, wovon der Grund darin gesetzt wird, weil Früchte einen ungewissen und unbeständigen Preis haben, welcher bald steigt, bald fällt[32]). Die Verordnung ist vom Kaiser Philippus, und lautet folgendermassen:

L. 23. Cod. de Usuris. Oleo quidem, vel quibuscunque fructibus mutuo datis *incerti pretii ratio* additamentum usurarum *eiusdem materiae* suasit admitti.

Hiernach wäre also der Begriff von Zinsen folgendermassen zu bestimmen. Sie sind eine Vergeltung, die für den Gebrauch einer schuldigen Quantität fungibler Sachen, welche das Kapital oder der Hauptstuhl genennt wird, nach einer vertragsmäßig oder gesetzlich bestimmten Größe und Maaße gewöhnlich in Sachen der-

28) *L. 16 Cod. h. t.*

29) *L. 17. Cod. eodem.*

30) *L. 11. §. 1. D. de pignor. L. 14. Cod. h. t.*

31) *L. 26. §. 1. Cod. h. t.*

32) S. *Ant.* Schulting Thesium contra Dec. LXXXX. Th. 3.

selben Art entrichtet werden. Diese werden nun dem Gläubiger entweder blos als Vergütung für den entbehrten Gebrauch der Sache, oder blos als ein Gewinn für die übernommene Gefahr des Verlusts gegeben. Im ersten Falle werden sie denn *usurae* im eigentlichen Sinn, im andern Falle *foenus* genennt [33]).

Soviel nun hiernächst die Rechtmässigkeit der Zinsen anbetrifft, so ist es weder dem Natur- noch dem Civilrechte zuwider, von ausgeliehenen Quantitäten fungibler Sachen Zinsen zu nehmen. Das Naturrecht verpflichtet mich nicht, den Gebrauch des Meinigen einem Andern unentgeldlich zu überlassen. Mißbilliget es also überhaupt oneröse Verträge nicht, so kann auch ein verzinsliches Darlehn an sich nicht unerlaubt seyn, da der Schuldner den Vortheil davon ziehet, welchen der Gläubiger hätte ziehen können, wenn er das Kapital zu seinem Gebrauche behalten hätte [34]).

Das Mosaische Gesetz [35]) verbot zwar den Israeliten Zinsen von einander zu nehmen, es erlaubte aber doch

33) *L.* 17. §. 3. *D. de Usuris.* Usurae non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur. S. Cujacius Paratitl. in libr. XXII. Tit. 2. D. de nautico foenore.

34) S. *Ulr.* Huber Eunom. Rom. ad L. 1. D. h. t. pag. 765. sq. und *Christoph. Frid.* Schott Diss. de moralitate Usurarum. *Tüb.* 1764. in *Eius* Dissertationib. iuris naturalis. Tom. II. Diss. XIV. pag. 53. sqq.

35) *Exodi* XXII. v. 25. *Leviticor.* XXV. v. 35—37. *Deuteronom.* XXIII. v. 20. et 21. S. *Jo. Dav.* Michaelis Commentat. de mente et ratione legis Mosaicae usuram prohibentis. *Goettingae* 1745. Tom. II. *Syntagmat. Commentation.* pag. 9. und in *Dan.* Fel-

ausdrücklich, ſich Zinſen von Fremden zu bedingen; zum deutlichen Beweiſe, daß auch nach dem Moſaiſchen Rechte die Zinſen nicht für etwas an und für ſich Ungerechtes gehalten werden. Das Verbot ſelbſt beruhete aber auch auf Gründen, die ſich zwar für einen ſolchen Staat, wie Moſes ihn bildete, aber auch nur für ihn allein ſich ſchickten. Anfangs war zwar nur verboten, von armen Israeliten Zinſen zu nehmen, und zwar weder Geld- noch Fruchtzinſen; von einem bemittelten Israeliten hingegen konnte ſich der israelitiſche Gläubiger Zinſen verſprechen laſſen[36]). Dies war das erſte Zinsgeſetz, welches noch in den erſten Jahren nach dem Auszuge der Israeliten aus Egypten gegeben wurde. Allein weil es in vorkommenden Fällen oft ſchwer war, auszumachen, wer eigentlich für arm, und wer für reich zu halten ſey; unter jenem Geſetz auch häufig die wirklich Armen litten, indem man ſein Geld doch immer lieber den Reichen auf Zinſen, als den Armen unverzinslich liehe, ſo ſahe Moſes im vierzigſten Jahre nach dem Auszuge der Israeliten aus Egypten die Nothwendigkeit ein, den Unterſchied zwiſchen Armen und Reichen aufzuheben. Er läßt es zwar bey der Erlaubniß von Fremden Zinſen zu nehmen, allein unter Israeliten gegen einander verbietet er alle Zinſen, es ſeyen Geld- oder Fruchtzinſen, ſchlechterdings[37]).

LEMBERG Iurisprud. antiqua. T. I. *Berolini* 1769. Nr. II. pag. 73. seqq.

36) 2. B. Moſe XXII. v. 24. und 3. B. Moſe XXV. v. 35—37.

37) 3. B. Moſe XXIII. v. 20. S. Michaelis Moſaiſches Recht. 3. Th. §. 134. S. 38. ff. wo er ſeine Meinung in der Not. 34. angeführten Dissertat. §. 12. daß dieſe Stelle eine bloße Wiederholung der frühern Zinsgeſetze

Nach diesem Gesetz wird dann nachher in den Psalmen[38]) und Propheten[39]) derjenige, welcher sein Geld auf Zinsen ausleihet, als ein Ungerechter, und eben so angesehen, wie jetzt der Wucherer, welcher verbotene Zinsen nimmt. Die besondern Gründe, welche jenes Verbot der Zinsen bey den Israeliten nicht nur billigten, sondern auch politisch anriethen, hat Michaelis[40]) aus der besondern Verfassung des Israelitischen Staats ausführlich entwickelt. Der Israelite lebte nicht vom Handel und Gewinn, sondern von seinem Acker. Daher war der Gläubiger immer gesichert. Denn ordentlicher Weise war jeder Israelite angesessen, und war er es nicht, so konnte sich der Gläubiger an dessen Leib, Frau und Kinder halten[41]). Der Reiche konnte auch für sein Geld keine liegende Gründe kaufen, denn sie waren bey den Israeliten gleichsam unveräusserliche Familien-Fideicommisse; und wer Geld borgte, war gewöhnlich arm. Wie drückend mußte es also für den armen Schuldner seyn, mehr wiederzugeben, als er empfangen hatte! Moses sahe daher auch das Darlehn in der That nur als eine Art von Almosen gegen

sey, und dadurch der Unterschied zwischen Armen und Reichen nicht aufgehoben worden, aus mehrern daselbst angeführten Gründen wieder geändert hat.

38) Psalm XV. 5.

39) Ezechiel XVIII. 8. 13. 17.

40) Cit. Commentat. §. 14—17. und desselben Mosaisches Recht. 3. Th. §. 155. Man sehe auch *Gerh.* Noodt de foenore et Usur. Lib. I. cap. 10.

41) *Jul. Car.* Schlaeger Diss. de debitore obaerato secundum ius Hebraicum et Atticum creditori in servitutem adjudicando. *Helmst.* 1741. (in *Dan.* Fellenberg *Iurisprud. Antiqua.* Tom. I. Diss. I.)

Arme an, und erklärt es für ein gutes Werk, daß Gott durch seinen Seegen anderweit belohnen werde[42]). Wäre es auch nicht schon an sich bekannt, daß die Mosaischen Gesetze, als solche, für Christen keine Verbindlichkeit mehr haben[43]); so würden schon jene Gründe die Ueberzeugung gewähren, daß die Mosaischen Zinsgesetze, so wie alle übrigen, auf Gegend, Nation, und Zeitumstände eingeschränkt waren, und daher bey Christen unter einer ganz andern Staatseinrichtung, ohne die größte Unbilligkeit, und offenbaren Ruin der Staatsbürger, gar nicht eingeführt werden können[44]). Christus selbst hat daher auch die Zinsen nirgends verboten. Denn wenn er sagt[45]): Leihet auch solchen, von denen ihr nichts wieder zu erwarten habt, so bezieht sich dieser Ausspruch blos auf das Gebot der Nächstenliebe, welches hier, wie aus dem Vorhergehenden erhellet, auch sogar auf die Liebe der Feinde erstreckt wird. Daß aber eine verzinsliche Geldanleihe nicht wider dieses Gebot streite, vielmehr unter Umständen selbst Uebung der Liebe werden könne, ist schon von andern[46]) bemerkt worden. Verbindet man damit

42) 5. B. Mose XV. 7—11. Michaelis Mosaisches Recht. 3. Th. §. 156.

43) Man vergleiche hier Paulus Briefe an die Römer. VI. 15. VII. 4—6. an die Galater III. 23—25. IV. 3. u. 4. V. 1. ff. an die Epheser II. 14. 15. und an die Kolosser II. 14 und 20.

44) S. Michaelis Mos. Recht. 3. Th. §. 155.

45) Lukas VI. v. 35. δανείζετε μηδὲν ἀπελπίζοντες, i. e. *mutuum date, nihil inde sperantes.*

46) S. Huber Exnom. Rom. ad L. I. pr. D. de Usur. §. 3. pag. 757. sq. Spener Theologische Bedenken. 2. Th.

noch die Stelle bey Matthäus V. 42. so sieht man, daß Christus Meynung nur dahin gehe, wir sollen gern und willig denen leihen, die uns darum ansprechen, und wenn wir Jemandes Noth mit unserm Gelde abhelfen können, nicht ängstlich darum bekümmert seyn, ob wir es auch wieder bekommen werden; denn Gott werde es reichlich belohnen[47]). Hätte Christus das Geldausleihen auf Zinsen gemißbilliget, wie hätte er sich der Gleichnißrede bey Matthäus XXV. 14—30. bedienen können, wo es V. 27. heißt: du hättest mein Geld den Wechslern geben sollen, so hätte ich doch bey meiner Zurückkunft das Meinige mit Zinsen wieder empfangen[48])? Die ersten Gesetze der christlichen Kirche untersagten daher auch nur den Geistlichen die Zinswucherey, nicht als ob Zinsenforderungen dem Christenthume zuwider wären; nein! sondern weil wucherlicher Handel sich nicht für die Geistlichkeit schicke[49]). Daher erlaubte Kaiser Constantin der Große in demselben Jahre 325 in welchem die Nicäische Kirchenversammlung den Geistlichen, Zinsen von ausgeliehenen Geldern und Früchten zu nehmen, bey Strafe der Absetzung verbot, Zinsen von Früch-

Kap. 3. S. 529. ff. Schott cit. Diss. de moralitate usurar. §. 13.

47) S. Noodt Lib. I. cap. 11. und *Cl.* Salmasius de Usuris. Cap. 20. pag. 622. sq.

48) Man sehe über diese Stelle Salmasius cit libr. Cap. 21. p. 633. sq.

49) S. *Jos.* Bingham Origines sive Antiquitat. ecclesiast. Volum. II. (*Halae* 1725.) Lib. VI. Cap. 2. §. 6. pag. 318. sqq. und *Lud.* Thomassinus vet. et nova Ecclesiae disciplina. P. III. Lib. III. Cap. 19. §. 5. (Tom. IX. pag. 113. sqq. *Moguntiae* 1787. 4.)

ten bis zur Hälfte des Kapitals, von Geldern aber bis zur Centesima, d. h. bis auf Zwölff von Hundert zu nehmen[50]). Zwar soll schon früher auf einer Kirchenversamm-

50) *Can.* 17. Dieser Canon kommt an zwey Orten in Gratians Decrete vor, nämlich *Can.* 2. *Dist. XLVII.* und Can. 8. Caus. XIV. Qu. 4. In der ersten Stelle lautet der Canon nach der lateinischen Uebersetzung des Dionysius Exiguus folgendermassen: *Quoniam multi, sub regula constituti* (andere Canonensammler haben: multi, *qui in Canone recensentur*, darunter werden *Clerici* verstanden, so wie es auch in der andern Stelle des Decrets ausdrücklich heißt: *multi clerici.* Denn die bey einer Kirche ordinirten Geistlichen wurden bey den Alten in die Kirchen-Matricul, welche man bey den Griechen *Canon* nennte, eingetragen. S. *Car. Sebast.* Bxrardus ad Gratiani canones. P. I. pag. 69. [edit. *Venet.* 1777. 4.]) *avaritiam et turpia lucra sectantur, oblitique divinae scripturae, dicentis:* qui pecuniam suam non dedit ad usuram: *mutuum dantes, centesimas exigunt; iuste censuit sancta et magna Synodus, ut, si quis inventus fuerit post hanc definitionem usuras accipiens, aut ex adinventione aliqua, vel quolibet modo negotium transigens, aut hemiolia, id est, sescupla exigens, vel aliquid tale prorsus excogitans turpis lucri gratia, deiiciatur a clero, et alienus existat a regula.* Die hier genannte hemiolia sind die usurae ἡμιολίαι, welche von Früchten bis zur Hälfte des Capitals entrichtet wurden, z. B. für 2 Scheffel Getreide 3, für 10 Scheffel 15. Gellius *Noct. Atticar.* Lib. XVIII. Cap. 14. sagt: Est autem *hemiolios*, qui numerum aliquem totum in sese habet, dimidiumque eius: ut tres ad duo; quindecim ad decem; triginta ad viginti. Das Wort kommt von ὅλον, summa, caput, sors, und τὸ ἥμισυ, medietas her; also dimidia pars sortis.

den angegeben, und von einigen ins Jahr 303 von andern ins Jahr 305, und noch von andern ins Jahr 313. geſetzt, vom Gratian aber *Concilium Eliberitanum* genennet wird, nicht nur den Geiſtlichen, ſondern auch den Laien das Zinſennehmen, und zwar letzteren bey Strafe der Excommunication verboten worden ſeyn[51]). Die Worte des Can. 20. lauten bey Harduin[52]) folgendermaſſen: Si quis *Clericorum* detectus fuerit usuras accipere, placuit

S. *Jac.* Gothofredi Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de Usuris. Tom. I. pag. 268 der Ritterſchen Ausgabe. Die Verordnung des Kaiſers Conſtantin des Großen lautet folgendermaſſen. *L. 1. Cod. Th. de Usuris.* Imp. Constantinus A. ad *Dracilianum*, Agentem vices Praef. Praet. Quicunque fruges, humidas vel arentes, indigentibus mutuas dederint, usurae nomine tertiam partem superfluam consequantur: id est, ut si summa crediti in duobus modiis fuerit, tertium modium amplius consequantur. Quodsi conventus creditor, propter commodum usurarum, debitum recuperare noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Quae lex ad solas pertinet fruges. Nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere. Die usurae centesimae, welche alſo blos bey Geldzinſen Statt haben ſollten, ſcheinen nach dieſem Geſetz noch die gewöhnlichen geſetzmäßigen Zinſen geweſen zu ſeyn. S. *Barn.* Brissonius Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. III. cap. 1. et *Jac.* Gothofredus ad h. L. Juſtinian hat jedoch dieß alles in der *L.* 26. §. 1. *Cod. de Usuris* abgeändert.

51) S. *J. H.* Boehmer Iur. Eccles. Protestant. Tom. V. Lib. V. Tit. 19. §. 18.

52) *Concilior.* Tom. I. pag. 252.

eum degradari, et abstinere. Si quis etiam *laicus* accepisse probatur usuras, et promiserit correctus, iam se cessaturum, nec ulterius exacturum; placuit, ei veniam tribui. Si vero in ea iniquitate duraverit, ab Ecclesia esse proiiciendum. Allein die Aechtheit dieses Conciliums ist noch vielem Zweifel unterworfen. War dieses Concilium wirklich so alt, waren drey und vierzig Bischöfe anwesend, unter denen die berühmten Namen eines Felix von Cadix und Osius von Cordua genennt werden; wie kam es, daß es dennoch den berühmten Canonensammlern, einem Dionysius Exiguus, Ferrand dem Diacon, ja dem Landsmann Martin von Braga, und dem Cresconius von Afrika unbekannt bleiben konnten? Warum kennen es nur Burkart, Ivo und Gratian? Warum beriefen sich die Iconoklasten, eine Secte, die im 6 und 7. Jahrhundert die Kirche so sehr beunruhigte, nicht auf den 32. Canon dieses Conciliums, den sie so treflich für ihre Meynung hätten benutzen können? Ich übergehe andere Gründe, und beziehe mich auf die genauere kritische Untersuchung des Gelehrten Berardi[53]). Nur das ist noch bemerkenswerth, daß der Canon, den Gratian in sein Decret aufgenommen hat; *Can.* 5. *Dist.* 47. blos der Geistlichen gedenkt. Auch das fast gleichzeitige Concilium zu Arles vom Jahr 314. welches ebenfalls Gratian in seinem Decret hat, redet ausdrücklich nur von Geistlichen. Ministri, qui foenerantur, so lautet der Canon desselben bey Gratian *Can.* 2. *Caus.* XIV. *Qu.* 4. placuit, iuxta formam divinitus datam, eos a communione abstinere. Die spätern Kirchenversammlungen nach der

53) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti, etc. P. I. Cap. 2. pag. 19—21.

Nicäischen, nämlich die Laodicäische[54], deren Zeitalter gewöhnlich ins Jahr 372. gesetzt wird, aber mit Gewißheit nicht bestimmt werden kann, die dritte Karthaginensische[55] vom Jahre 397. und die zweyte zu Arles[56], welche nach Berardi[57] ums Jahr 443. gehalten zu seyn scheint, erneueren blos das Verbot, daß Geistliche keine Zinsen nehmen sollen. Allein Papst Leo der Große, welcher im Jahr 440. einstimmig zum römischen Bischof war gewählt worden, wird als der erste genennt, der in seinem ersten Briefe an die Bischöfe in Campanien, Picenum, Tuscien und die übrigen Provinzen, vom Jahre 443. das Verbot Zinsen zu nehmen, auch auf die Laien erstreckte[58]. Gratian hat diese Stelle in sein

54) *Can.* 5. welcher nach Dionysius Exiguus folgendermassen lautet: Quod non oporteat Sacerdotes et Clericos foenerantes *usuras*, vel quae dicuntur *sescupla*, id est, et summam capitis, et dimidium summae percipere. Etwas verändert lautet er bey Gratian *Can.* 9. *Dist. XLVI.*

55) *Can.* 16. bey Gratian *Can.* 6. *Caus. XIV. Qu.* 4. Nullus clericorum amplius recipiat, quam quiquam accomodaverit: si pecuniam, pecuniam accipiat, — et quidquid aliud, *tantum*, *quantum dederit*, accipiat.

56) *Can.* 14. Si quis clericus pecuniam dederit ad usuram, aut conductor alienae rei voluerit esse, aut turpis lucri gratia aliquod negotiationis exercuerit, depositus a communione alienus fiat.

57) Gratiani Canones. P. I. Cap. IV. pag. 37.

58) S. Berardus ad Gratiani canones P. II. T. I. Cap. 42. pag. 276.

Decret[59]) aufgenommen, wo sie folgendermaſſen lautet: Nec hoc quoque praetereundum esse duximus, quosdam lucri turpis cupiditate captos, usurariam exercere pecuniam, et foenore velle didescere. Quod nos, non dicam in eos, qui sunt in clericali officio constituti, sed et *in laicos* cadere, qui Christianos se dici cupiunt, condolemus. Quod vindicari acrius in eos, *qui fuerit confutati*[60]), decernimus, ut omnis peccandi opportunitas adimatur. Vorgänger hatte er freylich ſchon an den heiligen Vätern Ambroſius[61]), Cryſoſtomus[62]), Auguſtinus[63]) und Hieronymus[64]); welche ſchon früher in ihren Privatſchriften über alles Zinſenweſen unter Chriſten das Verdammungsurtheil ausgeſprochen hatten; allein bis auf Leo den Großen waren doch die Laien, wenigſtens noch in keiner Verordnung eines römiſchen Biſchofs, der Kirchencenſur unterworfen worden. Man ſieht es aber doch auch ganz deutlich ſelbſt aus dieſer Decretale, daß der Bannſtrahl des Pabſtes doch nur hauptſächlich gegen die

59) *Can.* 7. *Caus. XIV. Qu.* 4.

60) *Confutare* heißt hier ſoviel als redarguere et reprehendere. *Confutati* hat daher Boehmer in ſeiner Ausgabe des Corp. iur. canon. Not. 19. ad h. Can. ganz richtig ſo erklärt: qui fuerint specialiter per canones notati, a recipiendis usuris prohibiti et obiurgati. Dieß waren aber blos die Geiſtlichen.

61) *Can.* 3. *C. XIV. Qu.* 3. *Can.* 10. *Caus. XIV. Qu.* 4.

62) *Can.* 11. *Dist. LXXXVIII.*

63) *Can.* 2. *Caus. XIV. Qu.* 1. *Can.* 1. *C. XIV. Qu.* 3. *Can.* 11. *Caus XIV. Qu.* 4.

64) *Can.* 2. *C. XIV. Qu.* 3.

Geiſtlichkeit gerichtet war. Von nun an hielt indeſſen das Zinſenverbot des kanoniſchen Rechts immer mehr Ausdehnung. Das Concilium zu Tarragona vom Jahr 516. ſchreibt zwar nur den Geiſtlichen vor, daß wenn ſie Geld ausleihen, welches ihnen dereinſt in Getraide oder Wein nach dem öffentlich beſtimmten Marktpreiſe wieder erſtattet werden ſoll, ſie ſich damit begnügen, und ſollte der Schuldner die verſprochene Frucht nicht um einen billigen Preis bekommen können, ſie dann weiter nichts, als die dargeliehene Summe, ohne alle Vermehrung, zurück erhalten ſollten[65]). Auch der Canon, den Gratian[66]) *ex Concilio Martini Papae* anführt, ſchärft blos den Geiſtlichen das Verbot der Nicäiſchen Kirchenverſammlung aufs neue ein. Allein die Kapitularien

65) So iſt der aus dieſem Concilium entlehnte Canon bey Gratian, nämlich *Can.* 5. *Caus. XIV. Qu.* 4. zu verſtehen, wie Berardus ad Gratiani canones. P. I. Cap. XXIV. pag. 258. gezeigt hat.

66) *Can.* 4. *Caus. XIV. Qu.* 4. Dieſer Canon iſt aus der Sammlung des Biſchofs Martin von Braga entlehnt, wo er *Can.* 62. iſt, und es ausdrücklich heißt: Si quis *Clericus* oblitus timorem Domini, et sanctam Scripturam, quae dicit: *pecuniam suam non dedit ad usuram*, post hanc cognitionem magni Concilii foeneraverit, et centesimas exegerit, aut ex quolibet negotio turpe lucrum quaesierit, aut per diversas species vini vel frugis, vel cuiuslibet rei, emendo vel vendendo, aliqua incrementa susceperit, *de gradu suo dejectus*, alienus habeatur a Clero. Es iſt alſo hier nicht von dem Concilium die Rede, welches Pabſt Martin I. im Jahr 649. mit 105 Biſchöfen gegen die Ecte der Monotheliten hielt. S. Berardus ad Gratiani Canones. P. I. Cap. 33. p. 293. und 304.

Carls des Großen[67]), und die Concilien des neunten Jahrhunderts; z. B. das Concilium zu Conſtanz vom Jahr 814.[68]) und das Pariſer vom Jahr 829.[69]) gehen wider Geiſtliche und Laien, und ſtellen die Zinsforderung als ein *execrabile*, *Deoque detestabile avaritiae genus* dar. Allein noch gegen das Ende des neunten Jahrhunderts trat bey den Griechen der berühmte Patriarch Photius zu Conſtantinopel auf, welcher in ſeinem Nomocanon[70]) lehrte, daß man denn doch jenes Verbot gegen die Geiſtlichkeit in Betreff des Zinſennehmens nicht gar zu weit ausdehnen müſſe, indem es überall nur von ſolchen Zinſen rede, die man ſich bey dem Darlehn als einen Gewinn verſprechen laſſe. Es ſey alſo nicht verboten, Zinſen, als eine Entſchädigung für den ungebührlichen Verzug in Wiederbezahlung des Kapitals, vom Schuldner zu fordern. Solche Zinſen wären auch in einer von den Novellen des Kaiſers Juſtinian der Kirche bey den legatis piis zugebilliget worden. *Prohibitio*, ſagt dieſer gelehrte Patriarch, *ne clerici usuras accipiant, mihi videtur omnino loqui de iis, quae ex mutuo, seu ex pacto dantur, non de iis, quae tacite ex mora debentur, in bonae fidei actionibus.* — *Certe Novellarum constitutio dicit, in piis legatis ex*

67) *Lib. VI. Cap.* 204. Quoniam venerandi canones et divina prohibet auctoritas usuras accipere, ideo nullus hoc *Clericorum* facere praesumat, et in quantum poterint, *laicis* vetare studeant.

68) *Can.* 17. bey Hardvin Concilior. Tom. IV. pag. 1054.

69) *Can.* 53. bey Harduin. T. IV. pag. 1328.

70) *Tit. IX. Cap.* 27. S. Thomassinus Vet. et nova Ecclesiae disciplina P. III. Lib. III. Cap. 19. §. 6. p. 114. Edit. *Mogontiac.*

mora peti usuras et fructus. Dieſer Erklärung gab auch Balſamon ſeinen vollkommenen Beyfall, wenn er zu Photius bemerkt: *Gratias age Photio patriarchae, qui recte interpretatus est, Episcopos et clericos posse usuras, tanquam id, quod interest, petere.*

Wie wenig jedoch überhaupt alle bisherigen Verbote das Zinsennehmen ſowohl bey den Geiſtlichen als Laien zu hindern vermochten, beweiſen die neueren Verordnungen der Päbſte aus dem 12ten und folgenden Jahrhunderten. Merkwürdig iſt, wegen der den Zinswucherern angedrohten Strafen, die ſie auch noch nach ihrem Tode treffen ſollen, die Verordnung des Pabſtes Alexander III. welche er auf dem dritten Lateranenſiſchen Concilium im Jahre 1179. bekanntmachte, und folgenden Inhalts iſt[71]): Quia *in omnibus fere locis* ita crimen usurarum invaluit, ut multi, aliis negotiis praetermissis, quasi licite usuras exerceant, et qualiter utriusque testamenti pagina condemnentur, nequaquam attendant: ideo constituimus, quod usurarii manifesti nec ad communionem admittantur altaris, nec Christianam, si in hoc peccato decesserint, accipiant sepulturam, sed nec oblationes[72]) eorum quisquam accipiat. Qui autem acceperit, vel Christianae tradiderit sepulturae, et ea, quae acceperit, reddere compellatur, et, donec ad arbitrium Episcopi sui satisfaciat, ab officii sui maneat exsecutione suspensus. Eben dieſer Pabſt publicirte auch hierauf auf

71) *Cap. 5. X. de Usuris.* (V. 19.)

72) Unrichtig lieſt hier die Böhmeriſche Ausgabe, ſtatt oblationes, *obligationes.* Man ſehe die *Decretales Alexandri III.* Tit. IX. cap. 1. als den 2. Anhang im 2. Th. des Böhmeriſchen Corp. iur. can. pag. 191.

dem Concilium zu Tours im Jahr 1180. noch eine besondere Verordnung wider das Zinsennehmen der Geistlichen[73]), worin er ihnen namentlich den antichretischen Pfandvertrag untersagte, und zwar bey Strafe der Absetzung, jedoch mit der Ausnahme, wenn durch den antichretischen Vertrag ein Unterpfand, welches ein beneficium ecclesiae war, das heißt, in Zehnten bestehe, die der Kirche gehörten, und in die Hände eines Laienbesitzers gerathen sind, wieder an die Kirche gebracht werden könnte. Hier sollen die Früchte nicht auf das Kapital abgerechnet, und der Schuldner, wenn er das Pfand etwa, durch Bezahlung des Kapitals, wieder einlösen wollte, mit der *exceptio iniustae possessionis* zurückgewiesen werden. Dieß ist der Sinn der letztern Worte: *nisi forte ecclesiae beneficium fuerit, quod redimendum ei hoc modo de manu laici videatur*, wie Gonzalez Tellez[74]) und Böhmer[75]) dieselben ganz richtig erklärt haben. Ich übergehe die übrigen Verordnungen der Päbste Alexanders III.[76]), Urbans III.[77]) und Innocenz III.[78]) welche in der Raymundiani-

73) *Cap.* 1. *X. de Usuris.* *Conf. Zeg. Bern. van* Espen Commentar. in ius nov. Canonicum P. II. Sect. II. Observat. in canones Turonens. ad can. 2. *Operum* Tom. VIII. pag. 125. edit. *Gibert.*

74) Commentar. ad Cap. 43. X. de electione nr. 11. Tom. I. *Commentarior. in Decretales Gregorii. IX.* pag. 349.

75) Ad Cap. I. X. de Usuris not. 13. T. II. *Corp. iur. canon.* pag. 776.

76) *Cap.* 2. 4. 5. 6. 7. 8. 9. *X. h. t.*

77) *Cap.* 10. *X. eodem.*

78) *Cap.* 11. 12. 13. 14. 15. 17. *et* 18. *X. eodem.*

ſchen Decretalen Sammlung enthalten ſind, und ſtreng auf die Reſtitution erhobener Zinſen dringen, wenn auch Juden von Chriſten Zinſen genommen [79]), ja der Schuldner dem Gläubiger ſogar mittelſt Eides verſprochen hätte, die Zinſen nicht zurückfordern zu wollen [80]); wofern nicht die Armuth dem Gläubiger zur Entſchuldigung gereicht [81]). Uebrigens wird auch nicht einmal das foenus nauticum gebilliget, wobey doch der Gläubiger den Verluſt des ganzen Kapitals riskirt, wenn anders die Leſeart in der Verordnung des Pabſts Gregor des IX. [82]) richtig iſt, woran jedoch mehrere [83]) darum zwei-

79) *Cap.* 12 *et* 18. *X. eodem.*

80) *Cap.* 13. *X. eodem.*

81) *Cap.* 5. *X. eodem.*

82) *Cap.* 19. *X. h. t.* Naviganti vel eunti ad nundinas, certam mutuans pecuniae quantitatem, eo, *quod suscipit in se periculum*, recepturus aliquid ultra sortem, *usurarius est censendus.* Ille quoque, qui dat X. solidos, ut alio tempore totidem sibi grani, vini vel olei mensurae reddantur, quae licet tunc plus valeant, utrum plus vel minus solutionis tempore fuerint valiturae, verisimiliter dubitatur, non debet ex hoc usurarius reputari. Ratione huius dubii etiam excusatur, qui pannos, granum, vinum, oleum vel alias merces vendit, ut amplius, quam tunc valeant, in certo termino recipiat pro eisdem: si tamen ea tempore contractus non fuerat venditurus.

83) *I. H.* Boehmer in not. 90. ad Cap. ult. X. h. t. T. II. edit. suae pag. 781. glaubt, es müſſe usurarius *non* est censendus geleſen werden. Eben dieſer Meinung waren auch ſchon ältere Gelehrten, z. B. *Lud.* Engel in Colleg. univ. iuris canon. Lib. V. Tit. 19. §. 2. nr. 16. und *Paul.* Laymann in Theolog. moral.

feln wollen, weil doch der Gläubiger in eben dieser Verordnung entschuldiget wird, wenn er sich statt des Ka-

Lib. III. Tr. IV. Cap. 16. nr. 13. So lieset auch wirklich Gonzalez Tellez in Comment. in Decretal. Gregor. IX. Tom. V. pag. 366. Es ist auch nicht zu läugnen, daß diese Emendation fast der ganze Zusammenhang und Inhalt der Verordnung, ja die Gleichheit des gesetzlichen Grundes, nothwendig mache. Denn ohne eine Negation auch für den ersten Fall anzunehmen, ist es schwer, zwischen diesem und den folgenden in der Verordnung enthaltenen Fällen einen rechten Verbindungsgrund zu finden, weil die Worte: *Ille quoque* sichtbar anzudeuten scheinen, daß dasjenige, was in dem ersten Falle Rechtens ist, auch in den folgenden Fällen gelten solle. Denn sonst hätte es ja Ille *vero*, oder ille contra heißen müssen. Mögen nun auch alle Handschriften der gedachten Emendation widerstreiten, so dürfte doch leicht der Grund der innern Verbindung und des Zusammenhangs von ungleich größerm Gewichte seyn. Hiermit rechtfertiget vorzüglich Böhmer die negative Leseart. Dennoch vertheidigen die neuern Canonisten die gemeine Leseart, und diese hat allerdings folgenden entscheidenden Grund für sich. Der *Frater A.* an welchen diese Verordnung des Pabsts Gregor IX. gerichtet ist, ist kein anderer, als Raymundus *de* Penna forti, der bekannte Verfasser der Gregorianischen Dekretalensammlung. Dieser hatte vor der erwähnten Sammlung eine *Summa de poenitentia* geschrieben, in welcher er in einem besondern Titel des zweyten Buchs auch de Usuris handelt, und die er nach dieser Sammlung noch verbesserte. In diesem Titel §. 7. wird nun mit denselbigen Worten, deren sich Gregor IX. in unserm Text bedient hat, derjenige für einen Usurarius erklärt, der sich für die Uebernehmung der Gefahr des Kapitals mehr, als er dargeliehen hat, versprechen läßt, und dieses wird nicht nur mit ver-

pitals Getraide, Wein oder Oel ausbedungen hat, obgleich dieſe Früchte zur Zeit der Wiederbezahlung weit mehr am Werthe, als das Kapital, betragen ſollten, weil der Preis derſelben ſehr wandelbar und ungewiß iſt. Pabſt Gregor X. erneuerte nicht nur auf dem General-Concilium zu Lion im Jahre 1274. das Verbot des Lateranenſiſchen Conciliums, ſondern bedrohte auch jedes Collegium, jede Perſonengemeinheit mit dem Interdict, welche fremde Zinswucherer unter ſich dulden, und nicht

ſchiedenen Gründen beſtärkt, ſondern auch nachher hinzugefügt: *expressam hodie esse Decretalem de hoc casu.* Vermuthlich hatte Raymund, als Päbſtlicher Kapellan, dieſe Fälle dem Pabſt zur Entſcheidung vorgetragen, und dieſes Decretalſchreiben an ihn veranlaßt. Es kann alſo wohl keinem Zweifel unterworfen ſeyn, daß dieſe Deciſion entweder aus der gedachten *Summa* des Raymundus in die Decretalenſammlung Gregors IX. oder aus dieſer in die Summa des Raymunds übertragen worden ſey. Daher unterſcheidet auch Lancelottus Institutionum iuris canonici Lib. IV. Tit. 7. §. 10. den erſten Fall unſers Textes ausdrücklich von den beyden übrigen, als ganz verſchiedenen Rechts. Man vergleiche hier vorzüglich *P. Franc. Xav.* Zech Rigor moderatus doctrinae pontificiae circa Usuras. Dissertat. II. *Ingolstadii* 1749. 4. Cap. I. Sect. III. §. 63. pag. 37—39. *Car. Sebast.* Berardus Commentarior. in ius eccles. univ. Tom. IV. (*Venetiis* 1778. 4.) P. I. Dissertat. V. Cap. IV. pag. 144. u. *Ant.* Schmidt Institution. iuris ecclesiast. Germ. Tom. II. P. IV. §. 38. Not. **. Ueber die Erklärung dieſes Cap. ſind ebenfalls die Meinungen der Canoniſten ſehr verſchieden. Man ſehe hier *Henr.* Linck Commentar. in Decretales Lib. V. Tit. 19. §. 6. Engel Colleg. iur. canon. c. l. nn. 15. pag. 1006. und Zech cit. Diss. II. c. l. §. 64 et 65.

binnen drey Monaten aus ihrem Diſtrict vertreiben, ſondern ihnen wohl gar zu ihrer Zinswucherey Häuſer vermiethen würde[84]). Ueberwieſene Zinswucherer ſollen auch weder gültige Zeugen bey Teſtamenten, noch die Teſtamente derſelben gültig ſeyn[85]). Ja Pabſt Clemens V. gieng ſo weit, daß er auf dem Concilium zu Vienne im Jahre 1311. nicht nur alle Statuten der Städte, welche die Zinſen erlaubten, für nichtig erklärte, und alle Obrigkeiten und Richter, welche darnach ſprechen würden, mit dem Kirchenbann bedrohte; ſondern auch die Lehre des Kirchenrechts faſt bis zum Glaubensartikel erhob, daß das Zinſennehmen eine Sünde ſey, indem er jeden, welcher hartnäckig das Gegentheil behaupten würde, als einen Ketzer beſtraft wiſſen wollte[86]).

So boten alſo die Päbſte alle nur erſinnliche Mittel auf, ihren gedroheten Strafen Nachdruck und Gewicht zu verſchaffen. Jedoch vergebens. Denn auch davon abgeſehen, daß ihre Verordnungen auf einer ganz unrichtigen Anwendung der oben angeführten bibliſchen Stellen beruhten; ſo leuchtete auch aus ihnen nur ja zu hell das Beſtreben der Päbſte hervor, ihre geiſtliche Herrſchaft auch über Gegenſtände des öffentlichen Handels und Verkehrs, welche doch gar nicht für ſie, ſondern für die Gewalt der weltlichen Obrigkeit gehörten, auszudehnen, und ſie ihrer geiſtlichen Gewalt zu unterwerfen[87]). Die

84) *Cap.* 1. *de Usuris in* 6to.

85) *Cap.* 2. *eodem.*

86) *Clem. un. de Usuris.*

87) Boehmer. Jur. eccles. Protestant. T. V. Lib. V. Tit. 19. §. 25.

Staatsgewalt behauptete daher ihre Rechte, und die Päbste wurden durch die Erfahrung immer mehr und mehr belehrt, daß das Zinsenverbieten in Staaten und Ländern, wo Verkehr und Handel blühen soll, der größte Fehler der Gesetzgebung sey. Man ließ daher selbst päbstlicher Seits die Zinsen nur unter andern Namen, nämlich unter dem Namen jährlicher Renten, oder eines Interesse, als Vergütung eines entzogenen Gewinnes, oder zugefügten Schadens, zu [88]). In Deutschland befolgte man indessen das Verbot des Canonischen Rechts streng bis ins 17te Jahrhundert, in welchem für alle Zinsen durch die Reichsgesetze derjenige allgemeine Zinsfuß eingeführt wurde, nach welchem wir uns noch jetzt richten.

Ob nun gleich die neuern Römischen, und die deutschen Reichs-Privatgesetze Zinsenforderungen an sich nicht mißbilligen, so ist doch nicht zu läugnen, daß sie einen gewissen Haß gegen diese Art des Erwerbs zu erkennen geben, welcher wohl eher aus der Geschichte jener ersten Zeiten der römischen Republic, wo das gemeine Volk von den Patriciern sehr hart mit Zinsen gedrückt wurde, ein Uebel, welches, wie Tacitus [90]) sagt, *seditionum discordiarumque creberrima causa* war; als aus einem übergroßen Einfluß der stoischen Philosophie auf die römische Jurisprudenz und Gesetzgebung zu erklären ist [91]).

88) *Cap.* 1. *Extravag. commun. de emt. vendit.* Noodt de foen. et usur. Lib. I. cap. 12. Boehmer c. l. §. 24. und Zech Rigor moderatus doctrinae pontificiae circa usuras Diss. II.

90) *Annal.* VI. 16.

91) Dieser Meinung sind zwar Merillius Observat. Lib. I. cap. 13. und *Christ. Henr.* Eckhard Hermeneut.

Es ist auch nicht zu läugnen, daß die Zinsen schon, ihrer Natur nach, darin etwas Gehäßiges mit sich führen, daß sie gerade eine solche Art des Erwerbs sind, wo insgemein der Wohlhabende aus der Verlegenheit des Bedürftigen Vortheile zu ziehen sucht. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß selbst die Gesetze des Römischen Rechts Zinsenforderungen nicht sehr begünstigen, indem sie sich theils in manchen Fällen gegen ihre Zulässigkeit erklären, selbst da, wo sogar die natürliche Billigkeit nichts dagegen zu erinnern haben würde [92]; theils, wenn auch die Zinsen an sich gegründet sind, dennoch entweder die Größe derselben, auch sogar in letzten Willensverordnungen, wo doch sonst der Freigebigkeit der Erblasser durch Vermächtnisse ein ziemlich freies Feld geöffnet ist [93], oder die Rechtsverfolgung in Ansehung derselben sehr beschränken [94]; theils den Richter anweisen, in zweifelhaften Fällen mehr dawider, als dafür zu erkennen [95].

iuris. Lib. I. Cap. IV. §. 145. Allein man sehe, was dagegen WALCH ad ECKHARDUM pag. 256. und schon vor ihm Joh. Aug. Bach in der unpartheyischen Critik über juristische Schriften. 2. B. 1. St. S. 18. f. erinnert hat.

92) Man sehe z. B. *L.* 20. §. 14. *D. de hereditat. petit.* *L.* 4. *Cod. de condict. ob turpem caus.*

93) *L.* 3. §. *ult. D. de annuis legatis.*

94) *L.* 49. §. 1. *D. de act. E. et V.* *L.* 4. *Cod. depositi.* *L.* 13. *C. de Usur.*

95) Man vergleiche hier vorzüglich Adolph Diet. Weber über den Haß der Zinsen, in desselben Versuchen über das Civilrecht. S. 225—231.

§. 1130.

Rechtliche Gründe der Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen.

Die Zinsen bringt nun nicht die Natur so, wie die Früchte, hervor, sondern sie erfordern einen äußern Rechtsgrund, wodurch der Schuldner zur Bezahlung derselben verpflichtet wird. So lehrt Papinian, wenn er *libro VI. Quaestionum*[96]) sagt: Usura non natura pervenit, sed IURE *percipitur*, und Pomponius folgert hieraus *libro VI. ad Quintum Mucium*[97]), daß die usura pecuniae, quam percipimus, nicht in fructu sey: quia non *ex ipso corpore*, sed *ex alia causa* est, id est, *nova obligatione*.

Es entsteht daher die Frage, welches sind die gesetzlich anerkannten Gründe, aus denen eine Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen entspringt[98])? In den Römischen Gesetzen werden nur zwey Hauptgründe der Verpflichtung zu Zinsen angegeben, 1) *obligatio*, wenn sich der Schuldner selbst freywillig durch Eingehung eines Contractsverhältnisses zur Zinsenzahlung anheischig gemacht hat, und 2) *officium iudi-*

96) *L.* 62. *pr. D. de rei vind.*

97) *L.* 121. *D. de Verbor. Signif.*

98) Donellus de Usuris, Cap. 3. Noodt de Foen. et Usur. Lib. III. Cap. 1 — 3. Ad. Diet. Weber über die rechtlichen Gründe der Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen; in desselben Versuchen über das Civilrecht. Nr. III. S. 223 ff. *Ios.* Finestres *et de* Monsalvo Commentar. in Hermogenianum. T. I. ad L. 19. D. de peric. et comm. rei vend. §. 6. sqq. pag. 466. sqq. und *Henr.* Koelle Diss. de fundamentis usurarum praestationis. *Erlangae* 1795. 8.

cis, wenn der Richter dem Gläubiger nach Maaßgebung der Gesetze Zinsen zuerkennen kann, ohne daß der Schuldner sich freywillig dazu anheischig gemacht hat. Dieß ist die Vorstellungsart der Römischen Rechtsgelehrten, welche sich in Justinians Pandecten findet. So lehren Paulus[99]), Papinianus[100]) und Hermogenian[1]).

I. Eine *obligatio* entsteht aber

1) durch Vertrag, und zwar entweder durch Stipulation[2]), oder durch ein pactum contractui bonae fidei adjectum[3]). Ein pactum nudum wirkte in der Regel keine obligatio[4]), sondern hinderte nur die Zurückforderung der schon bezahlten Zinsen[5]).

2) Durch Antretung einer Erbschaft aus einer letzten Willensverordnung, worin der Testirer dem Erben anbefohlen hat, die Zinsen des Legats bis zur Auszah-

99) *L. 54. pr. D. Locati.*

100) *L. 58. pr. D. ad SCtum Trebell.* Usurae *vel in obligatione*, vel *in officio iudicis* sunt.

1) *L. 49. §. 1. D. de act. Emti et Vend.*

2) Ohne Bestimmung einer gewissen Größe der Zinsen war jedoch die Stipulation nichtig. *L. 31. D. h. t.* Nur bey Argentarien machte Justinian die Ausnahme, daß ein unbestimmtes Zinsenversprechen bey ihnen von 8 Procent zu verstehen seyn soll. Nov. CXXXVI. c. 5. S. Noodt de F. et U. Lib. III. cap. 3.

3) *L. 24. in fin. D. depositi. L. 5. Cod. de pactis inter. emtor. et venditor. composit.*

4) Paulus *Receptar. Sententiar Lib. II. Tit. 14. §. 1. L. 24. D. de praescript. verb.*

5) *L. 3. Cod. h. t.*

lung desselben zu entrichten [6]); woraus eine obligatio quasi ex contractu begründet wird [7]).

II. Das *officium iudicis* äussert sich hingegen in allen den Fällen wirksam, wo die Gesetze den Richter berechtigen, neben der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit auch auf die Zinsen zu erkennen, z. B. wegen Verzugs, oder wegen der Billigkeit, oder wegen besonderer Begünstigung des Gläubigers, u. dergl. [8]). Solche Zinsen, welche officio iudicis zuerkannt wurden, konnten jedoch, als eine obligatio accessoria, nur mit der Hauptklage gefordert werden, wenn das iudicium bonae fidei war. Usura enim, sagt Paulus [9]), *in bonae fidei iudiciis*, etsi non *ex obligatione* proficiscantur, tamen *ex officio iudicis* applicantur; — Quia, wie eben dieser römische Jurist an einem andern Orte [10]) sagt, tantundem in bonae fidei iudiciis *officium iudicis* valet, quantum *in stipulatione* nominatim eius rei facta interrogatio. Daher war mit Erlöschung der Hauptklage die Zinsenforderung erloschen, wie Hermogenian *lib. II. Iuris Epitomarum* [11]) lehrt: Pretii sorte, licet post moram, soluta, usurae peti non possunt,

6) *L. 8. §. 6. D. de annuis legatis.*

7) *§. 5. I. de obligat. quae quasi ex contr. nascuntur.*

8) *L. 32. §. 2. D. h. t. L. 2. Cod. eodem. L. 12. §. 9. D. Mandati. L. 6. C. de act. emti et vend. L. 1. §. 1. D. h. t.*

9) *L. 54. pr. D. Locati cond.*

10) *L. 7. D. de negotiis gestis.*

11) *L. 49. §. 1. D. de act. emti et vend.*

cum hae non sine in obligatione, sed officio iudicis praestentur[12]).

Ganz anders verhielt es sich, wenn die Zinsen aus einer obligatio gefordert wurden. Hier begründet die Stipulation oder die Erbschaftsantretung eine eigne Klage, welche der Zinsen wegen gültig bleibt, wenn auch die Hauptschuld schon getilgt ist[13]). Denn es ist hier eine zweyfache obligatio vorhanden, una sortis, altera usurarum, und die eine hebt die andere nicht auf.

Ursprünglich war diese obligatio der einzige Verpflichtungsgrund zur Zinsenzahlung, und nur in iudiciis stricti iuris gültig. Man findet daher weder bey Cicero, noch bey irgend einem andern Classiker des römischen Freistaats, eine Spur davon, daß ohne Stipulation Zinsen officio iudicis wären zuerkannt worden. Es war demnach eine neue Lehre des Labeo, welche Pomponius *libro XIII. ad Sabinum*[14]) vorträgt, daß der

12) Man verbinde damit noch vergleich *L. 4. Cod. Depositi* (IV. 34).

13) *L. 8. D. de eo, quod certo loco. L. 76. §. 9. D. de Verbor. obligat.* S. Finestres Commentar in Hermogenian. ad *L. 49. §. 1. D.* de act. emti et vend. §. 2. pag. 477. und Noodt de F. et U. Lib. III. cap. 6. §. 1.

14) *L. 121. D. de Verb. Significat.*

15) *L. 60. D. Pro socio.* Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere, Labeo ait: sed non quasi usuras, sed quod socii interesit, moram eum non adhibuisse: sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non

Socius, welcher säumig ist, den Gewinn, den er für die Gesellschaft gemacht hat, zur Gesellschaftscasse abzuliefern, und das Geld selbst genutzt hat, die Zinsen davon, blos als ein Interesse, der Gesellschaftscasse zu vergüten habe. Er fand Bedenken, die Zinsen, wegen des unter Gesellschaftern angenommenen Fraternitätsverhältnisses, als Zinsen anzusehen. Er betrachtete sie nun als einen Ersatz für den sich zugeeigneten Nutzen, welchen der Socius während der Zeit, da er das Geld hätte zur Gesellschaftscasse abliefern sollen, von demselben gezogen hat, und den er, wegen der unter Gesellschaftsmitgliedern statthabenden Rechtsgleichheit, billig mittheilen muß. Wegen dieser hier eintretenden besondern Gründe führte daher Pomponius *libro VI. ad Q. Mucium* [16]) die obligatio zu seinen Zeiten noch mit Recht, als das einzige Fundament, Zinsen zu bezahlen, an. Es begründete nach der Lehre des Labeo, der Verzug bey der Societät nur dann eine Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung, wenn der säumige Socius zugleich die Gelder für sich benutzt hätte. Also weit entfernt, daß sich dieselbe auf alle bonae fidei iudicia erstrekt hätte, schränkte sie sich bloß auf die actio pro socio ein, wenn nämlich, während dem die Societät noch besteht, diese

fecerit, contra esse. Wenn hier statt *cum ea*, mit Cujaz Observat. XIII. 15. dem auch Noodt de F. et Us. Lib. I. cap. 5. beystimmt, *aut* cum ea gelesen werden müßte, so würde dadurch die Lehre des Labeo offenbar entstellt, und ein ganz unrichtiges Resultat herbeygeführt werden, wie ich im 15ten Th. dieses Commentars §. 968. Not. 77. S. 442. gezeigt habe.

16) *L.* 121. *D. de Verb. Signif.*

Klage erhoben wird, wie aus den letzten Worten der L. 60. *D. pro Socio* erhellet, wo Pomponius sagt: item *post mortem socii* nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, *quia morte socii dirimatur societas* [17]). Erst in der Folge ward durch die Verordnungen der Kaiser der Grundsatz allgemein eingeführt, daß in den iudiciis bonae fidei bey Zinsen das officium iudicis eben so viel vermögen solle, als eine deshalb ausdrücklich errichtete Stipulation.

Et est quidem *constitutum*, so lehrt Paulus *libro IX. Quaestionum* [18]): in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, *ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio.*

Diesem neuern Rechte seines Zeitalters gemäß, sagt denn auch Ulpian *libro XV. ad Edictum* [19]):

Usurae vicem fructuum obtinent: et merito non debent a fructibus separari; et ita in legatis et fideicommissis, et in tutelae actione, *et in caeteris iudiciis bonae fidei servatur.*

Ja es ist merkwürdig, daß eben dieser Ulpian *libro X. ad Edictum* [20]) es auch den Constitutionen zuschreibt, daß der Richter in bonae fidei iudiciis dem Kläger diejenigen Zinsen zuerkennen könne, *quae in*

17) G. Noodt de Foen. et Us. Lib. III. cap 6. pag. 243. sq. und Pothier Pand. Iustin. T. I. h. t. P. II. Nr. XLVI. not. h.

18) *L.* 24. *D. Depositi.*

19) *L.* 34. *D. de Usuris.*

20) *L.* 37. *D. eodem.*

regione frequentantur. Nun erſt konnte der viel jüngere Marcian den Satz, als ganz allgemein, in ſeine Rechtsregeln [21]) aufnehmen: *In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur.* Nun begründete der Verzug des Schuldners für ſich allein einen Verpflichtungsgrund Zinſen zu bezahlen. Vielleicht war Divus Pius der erſte, welcher dieſe Regel ſanctionirte. Noodt [22]) hat dieſe Vermuthung wenigſtens ſehr wahrſcheinlich gemacht. Es iſt auch allerdings glaublich, daß der weitumfaſſende Sinn der bey den iudiciis bonae fidei üblichen Formel *ex bona fide* die Veranlaſſung dazu gegeben habe [23]). Soviel iſt indeſſen gewiß, daß man dieſe Regel nun auf die einzelnen bonae fidei negotia, nämlich auf den Kauf [24]), Pacht [25]), Depoſitum [26]), Mandat [27]), negotiorum gestio [28]) u ſ. w. anwendete. Nur bey dem Societätscontract behielt man aus den oben angeführten beſondern Gründen die Lehre des Labeo bey [29]).

Dieß iſt die Vorſtellungsart der römiſchen Rechtsgelehrten. Daß ſie indeſſen keine befriedigende Theorie

21) *L.* 32. §. 2. *D. h. t.*

22) De foen. et usur. Lib. III. cap. 6. §. Ut ut. pag. 244.

23) S. Finestres Commentar. in Hermogen. ad L. 19. D. de peric. et comm. rei vend. §. 8. pag. 468.

24) *L.* 19. *D. de per. et com. rei vend.*

25) *L.* 17. §. 4. *D. h. t.*

26) *L.* 2. *L.* 4. *Cod. Depositi.*

27) *L.* 10. §. 3. *D. Mandati.*

28) *L.* 7. *D. de negot. gest.*

29) *L.* 60. *D. pro socio.*

des eigentlichen Grundes der Zinsen gewähre, ist schon von Andern bemerkt worden. Denn nicht zu gedenken, daß ja das officium iudicis selbst Gründe des Rechts, oder einer rechtlich anerkannten Billigkeit voraussetzt, welche doch erst näher angegeben werden müssen, weil der Richter keine Zinsen zuerkennen kann, wenn man solche nicht zu fordern berechtiget ist; so ist auch die ganze Vorstellungsart für das heutige Recht darum unbrauchbar, weil sie sich auf den römischen jezt antiquirten Unterschied zwischen iudicia bonae fidei und stricti iuris gründet. Hellfeld hat daher auch die römische Vorstellungsart nicht beybehalten, allein seine Theorie ist eben so unbefriedigend und mangelhaft. Er will nicht mehr als zwey Hauptgründe anerkennen, nämlich Vertrag und Verzug. Gerade eben so Westenberg [30]). Wie wenig aber diese beyden Gründe das Ganze erschöpfen, wenn wir damit die Gesetze vergleichen, wird sich in der Folge ergeben.

Auf folgende Art läßt sich wohl die Theorie von den rechtlichen Gründen der Zinsenforderung am richtigsten bilden [31]).

Zinsen können ihren Grund haben

I. in einer Willenserklärung des Schuldners, und diese kann

1) ein Vertrag seyn. *Usurae conventionales.* Hierdurch können Zinsen bey einer jeden rechtmäßigen

30) Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 11.

31) S. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 456. und Schweppe Römisches Privatrecht. §. 194. der 2. Ausgabe.

Schuldforderung bedungen werden. Das Römische Recht erforderte zwar beym Darlehn eine Stipulation, und nur wenige Fälle waren ausgenommen, in welchen das pactum allein genügte, zur Begründung einer Zinsenforderung; wie ich schon an einem andern Orte[32]) gezeigt habe. Allein heut zu Tage ist der bloße Vertrag so wirksam, als die römische Stipulation, und es kommt auch darauf nicht an, ob der Vertrag dem Hauptgeschäft gleich beygefügt, oder erst nachher erfolgt ist[33]). Zuweilen werden Zinsen sogar als stillschweigend bedungen angesehen, wenn sich's schon von selbst versteht, daß Zinsen gegeben werden müssen. Z. B. wenn Jemand von einem öffentlichen Leihause, oder Banquier, oder Argentarius Geld aufnimmt[34]). Bey Wechseln wollen mehrere[35]) ein Gleiches behaupten, welches aber von andern bestritten wird[36]).

2) Eine einseitige Willenserklärung

a) durch Pollicitation, wenn jemand einer Kirche, oder sonst einer res publica, ausser einer Haupt-

32) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 779. S. 3. f.

33) S. Webers angef. Versuche S. 243. und Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1842.

34) *Nov. CXXXVI. cap.* 4. Boehmer Iur. Eccl. Protestant. Tom. V. Lib. V. Tit. 19. §. 32. in fin. *Ge. Henr.* Ayrer Diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecuniae mutuaticiae. *Goettingae* 1760. §. 27. pag. 71. und Beseke Thesaur. iur. cambial. P. I. Sect. I. Cap. I. §. 8. pag. 46.

35) S. Ayrer cit. Diss. §. 27. von Mosbamm Wechselrecht. §. 113.

36) Siegel Einleitung zum Wechselrecht. 1. Th. 1. Kap. §. 11. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts §. 19.

ſumme auch noch die Verzinſung derſelben, bis zu ihrer Abtragung angelobet hat[37]).

b) Durch Antretung einer Erbſchaft aus einem letzten Willen, worin der Teſtirer dem Erben die Verzinſung einer legirten Summe bis zu deren Auszahlung auferlegt hat[38]). *Usurae testamentariae.*

Zinſen können aber auch

II. in einer andern verbindlichen Handlung des Verpflichteten ihren Grund haben, ohne Willenserklärung deſſelben. Dieß kann entweder

1) eine erlaubte ſeyn. Z. B. wenn ein Procurator oder negotiorum gestor die erhobenen Gelder ſeines Principals verzinßlich ausgeliehen, und Zinſen daraus erhoben hat[39]). Oder

2) eine unerlaubte Handlung. *Usurae punitoriae.* Dahin gehört

37) *L.* 10. *D. de pollicitat.*

38) *L.* 3. §. *ult. D. de annuis legatis.* Ulpian. *lib.* 24. *ad Sabinum.* Si cui certa quantitas legetur, *et quoad praestetur in singulos annos certum aliquid velut usuras iusserit testator praestari:* legatum valet, sed *in usuris* hactenus debet valere, quatenus modum probabilem usurarum non excedit.

39) *L.* 19. §. 4. *D. de negot. gest. L.* 10. §. 3. *D. Mandati.* Ulp. Sed si pecuniam meam foenori dedit, usurasque consecutus est, consequenter dicemus, debere eum praestare, quantumcunque emolumentum sensit, sive ei mandavi sive non: quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat.

a) Verzug in Abtragung der Schuld. — Verzugszinsen[40]), *Usurae moraе*. Ein solcher Verzug ist bey allen Arten der Verbindlichkeiten ein rechtlicher Grund zur Zinsenforderung, wo die Gesetze keine Ausnahme machen. Dergleichen Ausnahmen finden bey Schenkungen unter Lebenden[41]), bey obrigkeitlichen Geldstrafen[42]), beym Darlehn[43]), bey den stricti iuris Con-

40) *L.* 32. §. 2. *D. h. t.*

41) *L.* 22. *D. de donat.* Modestinus *Lib. VIII. Differentiarum.* Eum, qui donationis causa pecuniam, vel quid aliud promisit, *de mora solutionis pecuniae usuras non debere*, summae aequitatis est. Eben dieses gilt auch von einer Pollicitation, welche blos liberalitatis in Rem publicam factae causa geschehen ist. Daß auch hier keine Verzugszinsen gefordert werden können, lehrt *L.* 16. *D. de Usuris.* S. *Jo. van* Nispen Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex *Herennii Modestini* IX. libris Differentiarum supersunt. *Lugd. Bat.* 1750. Cap. 9. in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iuridic. selectiss. in Acad. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag 82. sqq.

42) *L.* 9. *D. de magistrat. conveniend.* Modestinus *lib. IV. Pandectar.* Constitutum est, *poenarum usuras* peti non posse. — *L.* 1. *Cod. de fiscal. usur.* (X. 8.) Imp. Antoninus. Eius summae, quam tibi *poenae nomine* inflictam probaturus es, *usurae* non exigentur.

43) *L.* 24. *D. de praescript. verb. L.* 9. *Cod.* de non num. pec. S. den 12. Th. dieses, Commentars. §. 779. S. 2. H. 3. Tage können jedoch auch beim Darlehn Verzugszinsen gefordert werden. Hofacker Princ. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 1873.

tracten[44]) und beym Fiscus[45]) Statt. Uebrigens können mit allen Klagen Verzugszinsen gefordert werden.

44) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 310. S. 249. f. Dieß fällt heut zu Tage weg.

45) *L.* 17. § 5. *D. h. t.* Paulus *lib. sing. de Usuris*, Fiscus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit. Daß hier vorzüglich von Verzugszinsen die Rede ist, von denen der Fiscus freygesprochen wird, erhellet ganz klar aus den folgenden Worten: *ut solet a foricariis, qui tardius pecuniam inferunt, item ex vectigalibus.* Unter *foricarii* werden hier, wie Cujacius Observation. Lib. XXII. cap. 34. lehrt, diejenigen verstanden, qui loca publica, quae foricas et culinas appellabant, certo pretio a fisco conducunt, ut inde ferant minuta aera a singulis, quos in foro subita exonerandi se necessitas deprehendit. Es waren also diejenigen, welche die öffentlichen Abtritte (foricae) gemiethet hatten, und sich von denen für den Gebrauch bezahlen ließen, welchen es auf der Straße oder in foro ankam, sich ihrer zu bedienen. Juvenalis gedenkt ihrer, wenn er *Satyr.* III. v. 38. sagt: Inde reversi, conducunt foricas. Daher kommt vectigal foricularii in einer Inscription bey Muratori Inscript. pag. 573. n. 4. vor, wie Scheller in seinem lat. deutsch. Lexicon voc. *Foricularius* bemerkt. Noodt de foen. et usur. Lib. III. cap. 10. welcher übrigens die Erklärung des Cujaz nicht verwirft, glaubt, man könnte unter dem vectigal foricarium auch vectigal vinarium verstehen, wie er ebenfalls aus einer Inscription bey Gruterus pag. 199. zu erweisen sucht. Es hat indessen schon der Scholiast zu Juvenal bemerkt, daß die Alten über die Bedeutung des Worts *Foricae* verschiedener Meinung gewesen, indem einige auch tabernas foro vicinas unter *foricae* verstanden hätten. Diese Bedeutung hält Heineccius bey Brissonius de Verb. Signif. v. *Forivarius* hier für

und es giebt sogar Klagen, welche sonst sticti iuris sind, die aber doch in Absicht auf die Zinsen den bonae fidei iudiciis sind gleichgesetzt worden. Z. B. die actio ex testamento, und die actio ex pollicitatione ob causam[46]). Daher können bey Vermächtnissen und Fidei-

die passendste, und versteht daher unter *Foricarii* tabernarum circa forum conductores. Damit stimmt auch *Guil.* Budaeus in Annotation. in Pandect. ad h. L. fol. 194. überein, allein er will statt foricarii, *fornicarii* lesen, und erklärt diesen Ausdruck folgendermaßen: *Fornicarii* sunt opifices et propolae et institores, qui tabernas a fisco conducunt sub fornicibus, ut ibi merces suas venales habeant: cuiusmodi esse solent in porticibus fori venalium, id est, macelli, quas fallas appellant *Fornices* autem arcus erant in memoriam rerum a triumphalibus viris gestarum exstructi, quasi monumenta victoriarum. Dem sey nun, wie ihm wolle, so ist doch soviel gewiß, daß hier von Verzugszinsen die Rede ist, die der Fiscus wegen verzögerter Zahlung des Miethgeldes fordern kann, wenn auch der Schuldner nicht gemahnt worden ist. Der Fiscus selbst giebt also keine Verzugszinsen, ausgenommen, wenn er in die Stelle eines Privatschuldners eintritt. Dieß ist die Ausnahme, welche hier Paulus macht, wenn er hinzufügt: *cum autem in loco privati successit, etiam dare solet.* S. Noodt de foen. et usur. Lib. III. cap. 8. und *Ulr.* Huber Eunom. Rom. ad h. L. pag. 762. Mehrere Rechtsgelehrten wollen jedoch dem Fiscus dieses Privilegium heut zu Tage bestreiten. S. Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 16. und Quistorps rechtliche Bemerkungen. 2. Th. Bemerk. 54.

46) S. *Ger.* Noodt de F. et U. Lib. III. cap. 7.

commiſſen[47]), ferner aus einer Pollicitation, welche durch beſondere Gründe motivirt iſt, Zinſen des Verzugs gefordert werden[48]).

b) Unbefugte Verwendung fremder Gelder zu eignem Nutzen. Dieſer Grund verbindet den socius[49]), den Depoſitar[50]), den Mandatar[51]), ſo wie jeden andern Geſchäftsführer oder Verwalter öffentlicher

47) Paulus *Sentent. Receptar.* Lib. III. Tit. 8. §. 4. *Ex mora* praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et *usurae* peti possunt. *Mora* autem fieri videtur, cum postulanti non datur. *L.* 34. *D. h. t.*

48) *L.* 1. *pr. D. de pollicitat.* Ulpianus *lib. singulari de officio Curatoris Reipublicae.* Si pollicitus quis fuerit Reipublicae opus se facturum, vel pecuniam daturum, in usuras non conveniatur, *sed si moram coeperit facere*, usurae accedunt, ut Imperator noster cum Divo patre suo rescripsit. Es iſt dieſes alſo durch ein Reſcript der Kaiſer Severus und Antoninus eingeführt worden. S. Noodt c. l. §. Tantundem. pag. 247. und van Nispen cit. Diss. in Oelrichs Thes. cit. Vol. I. Tom. I. pag. 38.

49) *L.* 1. §. 1. D. *de Usur.* S. den 15. Th. dieſes Commentars, §. 986. S. 442.

50) *L.* 28. *in fin. D. Depositi.*

51) *L.* 10. §. 3. *D. Mandati.* Verb. Quod si non exercuit pecuniam, *sed ad usus suos convertit*, in usuras convenietur, quae legitimo modo in regionibus frequentantur. Denique Papinianus ait, etiam si usuras exegerit procurator, *et in usus suos convertit*, usuras eum praestare debere.

oder Privatgelder[52]) und besonders auch den Vormund[53]) das in eignen Nutzen verwandte gemeinschaftliche oder fremde Geld zu verzinsen.

c) Versäumung bey Eintreibung und zinsbarer Anlegung der einem Verwalter fremder Geschäfte anvertrauten Gelder. Aus diesem Grunde müssen Stadtkämmerer[54]), Procuratoren[55]), negotiorum gestores[56]), Vormünder[57]), und nach

52) *L.* 38. *D. de negot. gest.*

53) *L.* 7. §. 10. *et* 12. *D. de administr. et perie. tutor. L.* 2. *Cod. de Usur. pupillar.*

54) *L.* 17. §. 7. *D. h. t.* Paulus *lib. sing. de usuris.* Eos, qui ex administratione rerum civitatium conveniuntur, usuris obnoxios esse, satis notum est. Idem observatur in operum curatoribus, si pecunia apud eos remansit. Sed in ea, quam redemptoribus commiserunt, etiamsi negligenter dederint, usura eis remittitur. Haec autem ita sunt, si nulla fraus arguitur: alioquin etiam usurae applicabuntur. — *L.* 9. *pr. D. de administrat. rer. ad civitat. pertinent.* Papirius Justus *lib. II. de Constitutionibus.* Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt, pecuniae, quae apud curatores remansit, usuras exigendas: eius vero, quae a redemptoribus operum exigi non potest, sortis duntaxat periculum ad curatores pertinere. S. *Jo. Ortw.* Westenberg Divus Marcus Diss. XXII. §. 11.

55) *L.* 10. §. 3. *D. Mandati.*

56) *L.* 19. §. 4. *L.* 38. *D. de negot. gest. L.* 20. *Cod. eodem. L.* 24. *C. de Usur.*

57) *L.* 7. §. 4. 11. *et* 13. *D. de administrat. et peric. tutor. L.* 15. *D. eodem. L.* 24. *C. eodem.*

der Analogie und Praxis auch die Administratoren des Fiscus[58]).

d) Unbefugte Behinderung eines Andern in dem freien und erlaubten Gebrauche seines Geldes, z. B. durch ungerechte Arrestanlegung[59]).

III. Die Verbindlichkeit Zinsen zu bezahlen kann auch in besondern gesetzlichen Vorschriften gegründet seyn. *Usurae legales.* Und diese beruhen entweder

1) auf einer gemeinen Rechtsregel. Dahin gehört

a) daß Derjenige, zu dessen Besten ein Anderer sein Geld verwandte, die Auslagen dem Verwalter seiner Geschäfte mit Zinsen zu erstatten verbunden ist. Vermöge dieser Regel ist der Bevollmächtigte[60]) sowohl, als der nützliche Geschäftsführer[61]), und namentlich der Vormund[62]), so wie auch der socius[63]) seine Auslagen mit Zinsen wieder zu fordern berechtiget[64]).

58) S. *Frid. Es.* a Puffendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 179.

59) Arg. *L.* 33. *pr. D. ad Leg. Aquil.* S. *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLIV. medit. 4.

60) *L.* 10. §. 9. *D. Mandati.*

61) *L.* 19. §. 4. *D. de negot. gest. L.* 18. *Cod. eodem. L.* 37. *D. h. t.*

62) *L.* 3. §. 1. *et* 4. *D. de contraria tutelae et utili act.*

63) *L.* 67. §. 2. *D. pro socio.*

64) S. Weber's Versuche über das Civilrecht. S. 237. ff.

b) daß sich Niemand mit dem Schaden des Andern bereichern soll [65]). Aus diesem Grunde verbinden die Gesetze den Käufer zur Verzinsung des Kaufgeldes, wenn er gleich dasselbe aus rechtmäßiger Ursach zurückhalten konnte [66]).

Oder sie sind

2) in einer besondern Begünstigung des Gläubigers gegründet. Eine solche Begünstigung kommt

a) den Pupillen und Minderjährigen zu, welche von allen Forderungen fungibler Sachen Zinsen fordern können, wenn auch weder Vertrag, noch Verzug, noch sonst einer der oben erwähnten Rechtsgründe vorhanden seyn sollte. Man pflegt zwar hier gewöhnlich eine mora ex re anzunehmen; allein diese ist keine wahre mora, denn diese setzt eine ungebührliche Verzögerung voraus, worauf es aber hier gar nicht ankommt. Es soll vielmehr da, wo sonst mora erfordert wird, das minderjährige Alter des Gläubigers die Stelle dieses Rechtsgrundes vertreten. Daher kann z. B. der Minderjährige von einer ihm vermachten Geldsumme die Zinsen gleich von dem Todestage des Testirers an fordern, auch ehe noch der Erbe die Erbschaft angetreten hat. Dieser besondere Zinsenlauf hört denn aber auch, wenn unterdessen kein anderer Grund eingetreten ist, mit der Volljährigkeit von selbst wieder auf. Alles dieses bestätigen folgende Gesetzstellen.

65) L. 206. D. de Reg. iur. L. 14. D. de cond. ind.

66) L. 13. §. 20. et 21. D. de act. emti et vend. L. 5. Cod. eod. S. den 16. Th. dieses Commentars §. 986. S. 138.

L. 87. §. 1. D. de legat. II. Paulus *libro XIV. Responsorum.* Usuras fideicommissi, post impletos annos viginti quinque puellae, ex quo mora facta est, deberi respondi: *quamvis enim constitutum sit, ut minoribus viginti quinque annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur.*

L. 5. Cod. de actionib. emti et vend. et *L. 3. Cod. In quibus causis restitutio necessar. non est,* welche beyde zusammengehört haben, und nach Noodt[67]) auf folgende Art zu verbinden sind.

Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. *Decimo.* Curabit Praeses provinciae, compellere emptorem, qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere, quas et perceptorum fructuum ratio, et *minoris aetatis favor* (licet *nulla mora* intercesserit) generavit: quando in minorum persona re ipsa, et ex solo tempore tardae pretii solutionis, recepto iure moram fieri creditum est: in his videlicet, quae moram desiderant, id est, in bonae fidei contractibus, et fideicommissis et legatis.

b) Dem Fiscus. Ausser der bereits oben angeführten *L. 17. §. 5. D. h. t.* gehört hieher noch folgende Stelle aus Modestins *libro XI. Responsorum.*

L. 43. D. h. t. Herennius Modestinus respondit, eius temporis, quod cessit, postquam

67) De foen. et usur. Lib. III. Cap. 10. pag. 253.

fiscus debitum percepit, eum, qui mandatis a fisco actionibus experitur, usuras, quae in stipulatum deductae non sunt, petere posse.

Modestin hatte hier den Fall vor Augen, wo der Fiskus eine, durch das Eintreten in das Recht eines Privatus, auf ihn gekommene Forderung einem Andern wieder abgetreten hatte. Zinsen waren nicht stipulirt worden. Allein der Fiskus konnte von der Zeit an, da die Forderung des ursprünglichen Gläubigers durch das Eintreten in das Recht desselben auf ihn übergegangen war, vermöge seines Privilegiums Zinsen fordern[68]. Es entstand also die Frage, ob dieses Privilegium des Fiskus auch auf den Cessionar übergehe? Nun ist zwar die Lesart der letztern Worte dieser Stelle, worauf die Entscheidung der Frage beruhet, noch streitig, indem viele, gestützt auf die Auctorität der Basiliken[69], petere *non* posse lesen[70]. Allein wir können hier über diesen Streit hinausgehen, da schon die Frage selbst an einem andern

68) *L. 6. D. de iure fisci.* Fiscus, cum in privati ius succedit, — *posteaquam successit, ihabebit privilegium suum:* — et quidem *usuras* exinde petit *fiscales*, et si breviores debeantur.

69) Tom. III. pag. 387.

70) Man sehe hier den 16. Theil dieses Commentars. §. 1019. S. 404. f. H. Prof. Mühlenbruch in seinem klassischen Werke die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach den Grundsätzen des R. R. dargestellt. §. 58. S. 532. f. und Not. 96. hat jedoch die florentinische Lesart petere posse, aus sehr erheblichen Gründen gerechtfertiget.

Ort[71]) erörtert worden ist; genug, daß in dieser Stelle ein vorzüglicher Beweis liegt, daß der Fiskus das Privilegium habe, von seinen Schuldnern auch da Zinsen zu fordern, wo bey einem andern Gläubiger kein Rechtsgrund vorhanden seyn würde, und wovon sich also, ausser der besondern Begünstigung des Fiskus, kein anderer Grund annehmen läßt[72]). Nicht außer Zweifel ist jedoch der außer diesen Verpflichtungsgründen von mehrern, sowohl ältern[73]) als neuern Rechtsgelehrten[74]) noch

IV. hinzugefügte Grund der Verjährung. Hat nämlich Jemand eine lange Zeit hindurch, d. h. zehen Jahre, ein an sich unstreitiges Kapital verzinset, so soll daraus die Verpflichtung entstehen, die Zinsen ferner zu entrichten. Man gründet diese Meynung auf eine Stelle des Papinianus *libro* 29. *Quaestionum*, welche folgendermassen lautet:

71) Th. 16. §. 1019. An dessen Stelle tritt jetzt die weit gründlichere Belehrung des H. Prof. Mühlenbruch in dem angef. Buche §. 54. — 58.

72) Es ist daher offenbar unrichtig, wenn Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 966. Not. 8. behaupten will, daß die angeführten Stellen bloß von saumseligen Schuldnern sprächen.

73) *Car.* Molinaeus Tract. de Usuris. Qu. XX. nr. 105. sqq. Bartolus Comm. ad L. 5. de Usur. und andere.

74) Pothier Pand. Justin. h. t. P. II. Nr. XXVII. not. c. Tom. I. pag. 623. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLIII. medit. 7. et 8. Zauner Introd. in Dig. P. III. Lib. IV. Cap. II. Tit. 3. §. 2. in fin. pag. 88. Thibaut System des Pandectenrechts 1. B. §. 279. und Schweppe römisches Privatrecht. §. 194. der 2. Ausgabe. Altona 1819.

L. 6. pr. D. h. t. Cum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur, et usurarum quaestio moveretur, Imperator ANTONINUS ideo solvendas usuras iudicavit, *quod eas ipse dominus vel pater longo tempore praestitissit.*

§. 1. *eiusdem L.* Imperator quoque noster SEVERUS filiae Flavii Athenagorae, cuius bona fuerant publicata, de fisco ideo numerari decies centena dotis nomine iussit, *quod ea patrem praestitisse dotis usuras allegasset.*

Man glaubt dieſe Meynung noch mehr durch die *L.* 20. *pr. Cod. de agricolis et censitis* beſtärken zu können, wo geſagt werde, daß derjenige, welcher von ſeinem Grundſtück zehen Jahre hindurch den Canon bezahlt hat, zu dieſer Präſtation auch in der Folge verpflichtet ſey.

Allein andere[75]) verwerfen dieſen Verpflichtungsgrund der Zinſenzahlung ſchlechterdings; ſie ſagen, es

75) *Jac.* CUJACIUS Commentar. in Libr. XXIX. Quaestion. Papiniani ad L. 6. D. de Usuris. *Oper.* a FABROTO editor. Tom. I. pag. 769. sqq. et Recitat solemn. ad L. 5. Cod. h. t. *Franc.* DUARENUS Comm. ad Tit. Pand. et Cod. de Usuris. Cap. 2. *Oper.* pag. 998. *Hug.* DONELLUS Tr. de Usuris. Cap. 3. pag. 11. sqq. *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. VII. cap. 8. et 9. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Anton. Fabrum* Lib. I. Tract. 15. pag. 103. sqq. *Jo.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. *Ger.* NOODT de foen. et usur. Lib. III. cap. 1. *Jo.* BORCHOLTEN Comm. in Tit. Cod. de Usur. Cap. III. nr. 56. pag. 103. sq. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. XCI. Th. 5. *Jos.*

werde dadurch zwar eine Vermuthung begründet, daß ein rechtmässiger Zinsengrund vorhanden sey, allein keine Verbindlichkeit für die Zukunft, sobald das Gegentheil erwiesen worden. Diese Meynung hat folgende Gründe für sich. 1) Nirgends wird unter den Entstehungsarten der Obligationen, weder nach der Lehre der Institutionen [76], noch nach dem Pandectensysteme [77], die Verjährung angeführt. Es kann dadurch eine Verbindlichkeit so wenig begründet, als aufgehoben werden. Wie sollte also dieser Grund bey Zinsen angenommen seyn, die in den Gesetzen so wenig begünstiget sind? Es streiten vielmehr 2) die Gesetze selbst dagegen.

L. 28. *Cod. de pactis.* Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. *Leontio.* Si *certis annis*, quod *nudo pacto* convenerat, datum fuerit: *ad praestandum in posterum indebitum solutum obligare non potuit eum, qui pactum fecit*, nisi placitis *stipulatio* intercesserit.

L. 7. *Cod. h. t.* Imp. Antoninus A. *Aristeo.* Creditor instrumentis, suis probare debet, quae intendit, et usuras se stipulatum, si potest. *Nec*

Averanius Interpretat. iur. Lib. V. cap. 5. nr. 8. *Ulr.* Huber Praelect. in Pand. h. t. §. 13. *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 16 et 17. *Mich. God.* Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 9. *Jul. Frid* Malblanc Princip. iuris Rom. sec. ord. Dig. P. I. §. 263. pag. 386. Gottl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 456. Not. Nr. 2. S. 182.

76) §. 2. *J. de obligat.*

77) *L.* 1. *D. de Obligat. et action.*

enim, si aliquando ex consensu praestitae sunt, obligationem constituunt.

Können also Zinsen, welche versprochen, aber ohne Stipulation versprochen worden sind, wenn sie auch mehrere Jahre hindurch, es können dieß auch wohl zehen Jahre seyn, freywillig wären bezahlt worden, keine obligatio für die Zukunft begründen, wenn nicht noch eine Stipulation hinzukommt; wie sollte aus einer bloßen zehnjährigen Verzinsung eines an sich unstreitigen Kapitals die Verpflichtung entstehen, ferner diese Zinsen zu bezahlen, wenn ausserdem gar kein weiterer Verpflichtungsgrund vorhanden ist? Das Gegentheil beweisen auch 3) die angeführten Gesetze nicht. Die *L. 6. D. h. t.* spricht zuerst von der actio de in rem verso. Diese Klage ward hier gegen den Erben des Vaters angestellt. Dabey entstand denn auch incidenter die Frage, ob der Erbe seit dem Tode des Vaters bis zur Zeit der Anstellung der Klage die Zinsen zu bezahlen schuldig sey? Da die actio de in rem verso auf die Zinsen anders nicht geht, als wenn sie ausbedungen worden sind[78]; so mußte letzteres angenommen werden, weil der Vater sie bezahlt hatte, und der Gläubiger konnte mit keinem weitern Beweise belästiget werden, daß Zinsen stipulirt worden. Auf die Länge der Zeit, da sie von dem Vater bezahlt worden, kam hier gar nichts an, sondern der Grund, warum der Erbe Zinsen zu bezahlen schuldig sey, wird lediglich darin gesetzt, weil der Vater selbst die Zinsen bezahlt habe. Quod eas *ipse dominus vel pater* longo tempore

78) *L. 10. §. 5. D. de in rem verso.* S. den 14. Th. dieses Commentars. §. 917. S. 418.

praestitisset, d. h. der Erbe könne die Bezahlung der Zinsen darum nicht verweigern, weil der Vater selbst oder der Herr, in dessen Stelle er eingetreten, und dessen Person er vorstellt, sie bey seinem Leben bezahlt hätte. Warum aber? etwa weil der Vater des Schuldners, wenn er noch lebte, aus einer mehrjährigen Zinsenzahlung, [von einer zehenjährigen ist gar nicht die Rede, denn das *longum tempus* konnte, wie das *multum temporis*, auch nur eine Zeit von drey Jahren seyn[79])] nun verpflichtet gewesen sey, die Zinsen auch für die Zukunft zu bezahlen, wenn wirklich keine stipulirt worden wären? Keineswegs. Denn der Kaiser Antoninus rescribirte ja selbst, daß aus einer solchen Zinsenzahlung keine obligatio für die Zukunft entstehe; und noch deutlicher die Kaiser Diocletian und Maximian in den oben angeführten Gesetzen. Oder weil der Erbe, als Erbe, etwa schuldig sey, zu leisten, was der Verstorbene selbst, wenn er noch lebte, zu leisten nicht gehalten gewesen wäre? Noch viel weniger[80]); sondern weil es glaublich ist, daß derjenige, welcher bey seinem Leben von dem zu seinem Nutzen verwandten Gelde die Zinsen bezahlt hat, diese auch noch länger bezahlt haben würde, wenn er länger gelebt hätte. Der Erblasser hätte zwar in der Folge auch seinen Willen wieder ändern können, allein dieses wird nicht vermuthet. Der Erbe selbst hingegen kann den Willen des Erblassers nicht ändern, sondern muß ihn befolgen[81]). Daß die Länge der Zeit, seit wel-

79) *L.* 1. *Cod. de fideicommiss.*

80) *L.* 44. *pr. D. ad Sct. Trebell.* Merillius Observat. Lib. VII. cap. 15.

81) *L.* 3. *D. de servis. export. L.* 7. *D. de annuis legat.*

cher die Zinsen von dem Vater bey seinem Leben sind bezahlt worden, ein bloßer Nebenumstand war, worin der Entscheidungsgrund keineswegs zu setzen sey, lehrt der folgende §. 1. Es ist hier von einem Decret des Kaisers Severus die Rede. Der Prozeß schwebte zwischen der Tochter des Flavius Athenagoras und dem Fiskus. Der Fiskus hatte nämlich das Vermögen ihres Vaters eingezogen. Aus diesem verlangte sie ein Heyrathsgut von zehenmal hundert tausend Sesterzien, ehemals die gewöhnliche Summe[82]), welche auch Flavius Athenagoras für seine Tochter ritu antiquo versprochen hatte. Die Griechen nehmen hier zwar den Fall an, die Tochter habe auf Befehl ihres Vaters diese Summe ihren Mann zum Heyrathsgute versprochen. Gegen den Vater wäre also die actio quod iussu begründet gewesen. Allein unser Text enthält davon nichts. Athenagoras hatte das Heyrathsgut nicht gleich bezahlt, sondern einstweilen die Zinsen von der erwähnten Summe zum Unterhalt der Tochter bezahlt; unterdessen wird sein Vermögen confiscirt. Die Tochter desselben verlangte nun die Auszahlung der Summe, welche ihr zum Heyrathsgute ausgesetzt war, vom Fiscus aus dem eingezogenen Vermögen ihres Vaters. Sie hatte keinen andern Beweis, als den, daß ihr Vater die Zinsen davon be-

L. 38. *D. de fideic. libertat. L.* 9. §. 1. *D. de iure dot.*

82) Martialis *Epigr.* Lib. II. Nr. 65. v. 5. *Centena decies quae tibi dedit dotis?* Juvenalis *Satyr.* X. v. 335. *et ritu decies centena dabuntur antiquo.* S. Cujacius in Papiniano ad h. L. *Decies Centena* sind decies centum millia. S. Brissonius de Verbor. iuris significat. voc. *Decies.*

zahlt habe. Wie oft? und wie lange? war ganz gleichgültig. Genug die Bezahlung der Zinsen ward als ein gültiger Beweis angenommen, daß die Forderung des Heyrathsguts gegründet sey, und der Fiskus, als successor ihres Vaters, zur Auszahlung derselben verurtheilt [83]).

Eben so wenig bestärkt das andere Gesetz, die *L.* 20. *Cod. de agricol. et censit.* die entgegengesetzte Meinung. Denn wenn es daselbst heißt: vel longinqua et inveterata redituum susceptione; und nachher, vel redituum frequentissima consequentia, so hat dieß nicht den Sinn, als ob der Colon, welcher seit langer Zeit gewisse Abgaben an den Eigenthümer entrichtet hat, diese nun auch für die Zukunft zu entrichten schuldig sey; denn es steht ihm ja auch frey, das Grundstück zu derelinquiren; sondern diese vieljährige Präskation stehe dem Colon entgegen, wenn er das Grundstück nun als sein Eigenthum in Anspruch nehmen wollte, wie die Worte: *in quibus casibus ne contradicendi quidem licentia colonis relinquitur, longi temporis praescriptione, vel redituum frequentissima consequentia, colonorum impetum excludente,* ganz deutlich zu erkennen geben.

Daß den römischen Rechtsgelehrten die Verjährung als ein Entstehungsgrund bey Obligationen ganz unbekannt sey, beweißt noch eine Stelle aus Modestins Rechtsregeln, welche folgendermassen lautet.

L. 31. *D. de operis libertorum.* Operis non impositis manumissus, etiam si ex sua voluntate *aliquo tempore* praestiterit, compelli ad praestandas, quas non promisit, non potest.

83) *L.* 5. *Cod. de bonis proscriptor.* (IX. 49.)

Man ſetzt uns zwar die Verordnung des Kaiſers Antoninus entgegen, welcher *L.* 1. *Cod. de fideicommissis* folgendergeſtalt reſcribirt:

Si probaveris, Demetrium petiisse de matre heredeque sua, ut tibi alimenta menstrua, et vestiarium annuum praestaret, *eamque secutam voluntatem filii sui per multum temporis, id est, non minus in tali causa triennio, ea praestitisse,* ut in futurum quoque ea praestentur, et si qua in praeteritum praestita non sunt, ut exsolvantur, impetrabis.

Allein, wem fällt es nicht in die Augen, daß der Grund, warum der Erbe auch für die Zukunft zur Entrichtung des monatlichen Unterhalts, und der Jahreskleidung, wenn nur an ſich bewieſen ſey, daß der Erblaſſer ein ſolches Fideicommiß wirklich angeordnet habe, verbunden ſey, darin beruhe, weil der Erbe, der ſchon ſeit mehreren Jahren das Fideicommiß präſtirt hatte, hierdurch den Willen des Erblaſſers, der eigentlich, wie hier vorauszuſetzen iſt, den Rechten nach für den Erben nicht verbindlich geweſen wäre[84]), anerkannt habe. Da hier von einem ſolchen Legat die Rede iſt, welches zum Theil menstruum zum Theil annuum war, und alſo eine Wiederholung erforderte, ſo erklärt ſich daraus, warum wenigſtens eine Wiederholung von drey Jahren für nöthig gehalten wurde, um davon überzeugt zu ſeyn, daß der Erbe den Willen des Erblaſſers, als für ihn ver-

84) Wäre das Fideikommiß gleich anfangs gültig angeordnet worden, ſo konnte es gefordert werden, wenn auch noch keine Präſtation erfolgt war. *L.* 10. §. 1. *L.* 18. §. 1. *D. de alim. legat.*

bindlich, anerkannt habe[85]). Erwägt man nun noch die große Begünstigung der Fideicommisse und insonderheit der Alimente, so wird man wohl leicht einsehen, daß sich von dieser besondern Verordnung bey den gehäßigen Zinsen keine Anwendung machen läßt.

§. 1131.

Unterschied zwischen Zinsen, welche in einer Willenshandlung, und solchen, welche in einer solchen Handlung ihren Grund nicht haben.

Zinsen, welche in einer Willenserklärung des Schuldners ihren Grund haben, bilden eine selbstständige Forderung, und können daher mit einer eignen Klage verfolgt werden[86]). Diese Klage ist bey den usuris conventionalibus die *actio ex stipulatu*, oder condictio certi; bey den usuris testamentariis die *actio personalis ex testamento:* und bey den usuris ex pollicitatione die *actio ex pollicitatione.* Zinsen hingegen, welche aus andern Rechtsgründen entstehen, und officio iudicis zuerkannt werden, begründen keine besondere Klage, sondern können nur mittelst der wegen der Hauptschuld anzustellenden Klage gefordert werden. Ist daher die Hauptklage erloschen, so findet wegen der

85) S. *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. VII. cap. 8.

86) *L.* 8. *D. de eo quod certo loco. L.* 75. §. 9. *D. de Verbor. obligat. L.* 1. *Cod. de iudic.* In dieser letzten Stelle heißt es: *Judicio coepto usurarum stipulatio non est peremta. Superest igitur, ut debitorem eius temporis, quod non est in iudicium deductum, convenire possis.* Schweppe röm. Privatrecht. §. 194.

blos accessorischen Zinsenforderung keine weitere Klage Statt [87]). Hieraus folgt,

1) daß solche Zinsen, wenn sie bey Zuerkennung des Kapitals in dem richterlichen Urtheile mit Stillschweigen übergangen sind, und der Gläubiger das Urtheil ohne Einlegung eines Rechtsmittels hat rechtskräftig werden lassen, als für sich nicht bestehend, auch nicht weiter gefordert werden können [88]). Folgendes Gesetz entscheidet diesen Fall in terminis.

87) *L.* 49 §. 1. *D. de act. emti et vend.* HERMOGENIAN. *libr. II. iuris Epitomar.* Pretii sorte, licet *post moram* soluta, usurae peti non possunt, *cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur.* — *L.* 4. *Cod. Depositi.* Imp. GORDIANUS. Si *deposita pecunia* is, qui eam suscepit, *usus est*, non dubium est, etiam usuras debere praestare. Sed si cum *depositi actione* expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est: ultra non potes *propter usuras* experiri. *Non enim duae sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed* UNA: *ex qua condemnatione facta, iterata actio* REI IUDICATAE EXCEPTIONE *repellitur.*

88) S. *Joach. Christoph.* BELLMANN Diss. de effectu sententiae ad omissa in restitutione fructuum, expensarum et usurarum *Goettingae* 1765. §. 39. sqq. Joh. Christ. Quistorp von Zinsen, die in einem rechtskräftigen Urtheil übergangen worden; in Desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. LVIII. S. 893. ff. — 901. Aug. Fried. v. Batz Abhandlungen über verschiedene Gegenstände des natürl. und positiven Rechts. Tübingen 1816. 8. Nr. XII. S. 147. ff. und Christ. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen

L. 13. *Cod. h. t.* Imp. Alexander A. *Eustachiae.* In bonae fidei iudiciis, quale est negotiorum etiam gestorum, usurarum rationem haberi certum est. Sed si finitum est iudicium sententia, quamvis minoris condemnatio facta est, *non adjectis usuris*, nec provocatio secuta est, finita retractanda non sunt: *nec eius temporis, quod post rem iudicatam fluxerit, usurae ullo iure postulantur, nisi ex causis iudicati.*

Dieſes Geſetz entſcheidet zugleich die Frage, ob nicht die Verurtheilung des Beklagten in die Hauptſchuld, wenn er ſolche innerhalb der geſetzlichen Friſt nicht bezahlt hat, dem Kläger das Recht gebe, nach Ablauf derſelben den Beklagten mit der actio iudicati, welche bekanntlich eine Novation enthält, auf die geſetzlich beſtimmten Zinſen zu belangen? Cujaz[89]) meint, dieſe Frage werde hier bejahend, als Ausnahme, in den Worten entſchieden: *nisi ex causis iudicati.* Für dieſe Erklärung ſcheint auch theils die Allgemeinheit der Verordnung, daß der moroſe Schuldner nach Verlauf der geſetzlichen Friſt von vier Monaten usuras centesimas zahlen müſſe[90]), theils der Umſtand zu ſprechen, daß dieſe hohen Zinſen blos für das Kapital auferlegt ſind[91]), nicht zu gedenken, daß es ſchon an ſich unbillig ſeyn würde, wenn dieſe neue mora des Schuldners ungeſtraft bleiben ſollte, ohne dem Gläubi-

Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. Betracht. XXIV. S. 324 bis 329.

89) Recitation. solemn. in Codic. ad L. 13. h. t. Eben dieß ſcheint auch die Meinung des *Hug.* Donellus in Comm. ad eand. L. nr. 7. zu ſeyn.

90) *L.* 1. *Cod. de Usur. rei iudic.*

91) *L.* 3. *pr. Cod. eodem.*

ger ein Recht auf Zinsen zu geben. Dennoch aber ist diese Erklärung ganz unrichtig. Der wahre Sinn der letzteren Worte der *L.* 13. *C. h. t.* geht vielmehr dahin, daß auch wegen der nach dem rechtskräftigen Urtheil verflossenen Zeit, keine Zinsenforderung aus irgend einem Recht Statt finde, mithin auch die sonst gewöhnlichen usurae rei iudicatae nicht gefordert werden können, wenn nicht in der Sentenz auf Zinsen rechtskräftig erkannt worden ist. Denn die Zinsen laufen nur bis zur Sentenz. Während der vier Monate, die dem Schuldner als Zahlungsfrist vor der Vollstreckung des Urtheils gegeben sind, (quadrimestres induciae) stehen sie still. Nach deren Ablauf fangen die neuen Zinsen ex causa rei iudicatae zu laufen an. Diese können aber nicht laufen, wenn der Richter in dem Urtheil selbst nicht auf Zinsen erkannt hat. Denn durch die actio iudicati geschieht eine Novation, wodurch die frühere Obligation nicht aufgehoben, sondern derselben zum Nachtheil des Schuldners eine neue Eigenschaft beygelegt wird. Die actio iudicati kann daher keine Zinsenforderung enthalten, wenn der Richter nicht auf die Zinsen rechtskräftig erkannt hat. In diesem Fall können dann aber, wegen des Ungehorsams des Schuldners in Befolgung des Urtheils, größere Zinsen, als nach dem Contract richterlich erkannt sind, nämlich die usurae centesimae verlangt werden, jedoch nur von dem Kapital, und nicht von den Zinsen, in welche der Schuldner aus dem vorigen Contract verurtheilt worden ist, wenn auch vielleicht in dem Urtheil Capital und Zinsen in eine Summe wären zusammengerechnet worden[92]). Alles dieses bestätiget

92) Man vergleiche hier vorzüglich von Baß angeführte Abhandlungen. Nr. XII. §. 4. — 8.

die Verordnung des Kaisers Justinian, L. 3. *Cod. de Usuris rei iudicatae.* Sancimus, si quis condemnatus fuerit *post datas a nobis quadrimestres inducias*, centesimas quidem usuras secundum naturam iudicati eum compelli solvere, *sed tantummodo sortis, et non usurarum, quae ex pristino contractu in condemnationem deductae sunt.* — Si enim novatur *iudicati actione* prior contractus, necesse est usurarum quidem, quae anterioris contractus sunt, cursum post sententiam inhiberi: alias autem usuras *ex iudicati actione* tantummodo sortis procedere; et non ideo, quod forsitan consummata est quantitas sortis, et usurarum, totius summae usuras postea colligi, *sed sortis tantummodo.*

Anders ist es nun zwar bey Zinsen, welche eine selbstständige Forderung bilden, und daher mit einer eigenen Klage verfolgt werden können. Solchen Zinsen kann die Rechtskraft nur alsdann entgegenstehen, wenn das Urtheil ausdrücklich darauf gerichtet gewesen ist, und sie darin aberkannt worden sind. Ausserdem schadet eine in der Sentenz geschehene Uebergehung solcher Zinsen dem Gläubiger nicht, sondern sie können noch als eine besondere Forderung eingeklagt werden[93]), und es kommt auch nicht darauf an, ob die Zinsen zugleich mit dem Kapital in einer Schuldverschreibung versprochen worden,

93) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 16. *Ger.* Noodt de foen. et usur. Lib. III. Cap. 14. *Jo.* Balth. L. B. *a* Wernher Select. Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 377. *Frid. Es. a* Pufendorf Animadversion. iuris. Animad. CXXIII.

oder sich auf einen besondern Vertrag gründen[94]). Da es indessen nicht an Rechtsgelehrten[95]) fehlt, welche der Meinung sind, daß die Rechtskraft dem Gläubiger nur dann nicht entgegenstehe, wenn er blos auf das Capital, und nicht auch zugleich auf die Zinsen geklagt hat, dahingegen die Zinsen, wenn besonders darauf geklagt, und dennoch nicht darauf erkannt worden, für stillschweigend aberkannt angesehen werden müßten, obwohl die Gesetze[96]) das Gegentheil lehren; so ist es doch freylich immer am sichersten, in dem Falle, da die Zinsen in dem richterlichen Erkenntniß übergangen worden sind, ein Rechtsmittel einzuwenden, oder um eine Declaration der Sentenz zu bitten. Eine andere Folge des oben angegebenen Unterschieds besteht

2) darin, daß wenn der Gläubiger die Bezahlung des Capitals, ohne Vorbehalt der Zinsen, angenommen hat, ihm nachher wegen solcher Zinsen, welche eine bloße Nebenforderung ausmachten, keine Klage weiter zusteht[97]). Einige Rechtsgelehrten[98]) gehen sogar soweit, daß sie nicht

94) S. Quistorps angef. Beyträge. S. 897. — 899.

95) Mevius P. III. Decis. 420. Wernher Lectiss. Comm. in Pand. P. II. h. t. §. 4. u. a. m.

96) *L.* 8. §. 2. *D. de negot. gest. L.* 7. § 1. *D. de compensat. L.* 1. §. 4. *D. de contrar. tut. et utili act.* Bellmann cit. Diss. §. 41. — 43.

97) Wernher Select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 391. Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. 15. Th. 2. Not. 12. Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 221. nr. 7. *Jo. Ad. Th.* Kind Quaestion. for. Tom. I. Cap. 84. Quistorps angef. Beyträge. Nr. 58. S. 894. und Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1848.

einmal einen Vorbehalt für wirksam halten. Denn es läßt sich noch immer die sehr gegründete Einwendung machen, daß eine Reservation mir zwar ein Recht erhalten kann, was ich schon hatte, allein mir kein Recht giebt, welches mir vorher nicht zustand, folglich auch kein Recht geben kann, Zinsen iure separatae actionis zu fordern, welche nur mittelst der Klage wegen der Hauptschuld gefordert werden konnten. Man könnte indessen zur Rechtfertigung der in der Praxis anerkannten Meinung sagen, daß durch den Vorbehalt die Sache in einen Vertrag übergehe[99]). Daß indessen bey solchen Zinsen, die eine selbstständige Forderung bilden, die Annahme des Capitals, wenn sie auch ohne allen Vorbehalt geschieht, dem Gläubiger unnachtheilig sey, leidet keinen Zweifel, da sie, wenn auch die Klage wegen der Hauptschuld, durch deren Bezahlung erloschen ist, doch mit einer eignen Klage verfolgt werden können[100]).

§. 1132.

Folgen der Regel, daß Zinsen eine accessio sortis sind.

Zinsen werden in Rücksicht einer Quantität fungibler Sachen für deren Gebrauch entrichtet. Hieraus folgt,

1) daß sie wegfallen, wo keine Hauptschuld vorhanden ist, und aufhören, wenn die Schuld rechtlich getilgt ist. Sublato principali, tollitur et accesso-

98) *Fratres* Becmanni Consilior et Decision. P. II. Decis. 51. nr. 18. et 19.

99) Arg. *L.* 4. §. 1. *D. Quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 25.

100) Mevius P. I. Decis. 219. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 16.

rium[1]). Nach dem neuern Rechte ist es gleichviel, ob die Schuldforderung durch Bezahlung oder durch Verjährung getilgt ist[2]). Vor Justinian war es zwar anders. War auch die Schuldforderung selbst durch die dreyßigjährige Präscription aufgehoben, so konnten doch die rückständigen Zinsen immer noch gefordert werden, weil mit jedem neuen Termin eine besondere Klage erwächst, die ihre eigne Verjährungszeit hat. Allein Justinian verordnete, daß mit der Verjährung der Hauptschuldklage, auch die Forderung der Zinsen verjährt seyn sollte[3]). Die Worte der *L.* 26. *pr. Cod. de Usur.* welche diese neue Verordnung enthalten, lauten folgendermaſſen.

Eos, qui principali actione per exceptionem triginta, vel quadraginta annorum, sive personali, sive hypothecaria cociderunt, iubemus, non posse

1) Voet Comm. h. t. §. 16.

2) *L.* 7. §. *ult. Cod. de praescr.* 30. *vel* 40. *annor.*

3) *Jac.* Cujacius Paratitla ad Tit. Cod. depraescr. 30. *vel* 40. annor. *Ant.* Schulting Thes. controvers. Dec. LXXXXIII. Th. 6. und Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 143. S. 172. *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 23. meint jedoch, zwischen der *L.* 7. §. *ult. Cod. de prascr.* 30. *vel* 40. *annor.* und der *L.* 26. *pr. Cod. de Usur.* sey kein Widerspruch. Jenes Gesetz habe darum bey Zinsen keine Anwendung finden können, weil dort das Recht selbst, weswegen die jährlichen Leistungen gefordert werden können, als fortdauernd vorausgesetzt werde, dahingegen in der *L.* 26. die Hauptschuldklage als verjährt angenommen wird. Man sehe auch Duarenus in Comm. ad h. Tit. Cap. 1.

super usuris, vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quae non ad triginta, vel quadraginta praeteritos annos referuntur, asserendo, singulis annis earum actiones nasci: *principali enim actione non subsistente, satis supervacuum est, super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere.*

Zuweilen können jedoch die Zinsen ganz oder zum Theil aufhören, ohne daß die Hauptschuld selbst getilgt ist. Dieß geschieht,

a) wenn sie der Gläubiger dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend erläßt. Das Letztere ist der Fall, wenn der Gläubiger seit mehreren Jahren wissentlich und ohne Widerspruch geringere Zinsen angenommen hat, als er hätte fordern können. Hier wird angenommen, er habe die höhern Zinsen dem Schuldner erlassen. Es darf nur also von Seiten des Gläubigers kein Irrthum dabey zum Grunde liegen[4], und auch dem Schuldner kein Verzug zur Last fallen. Dann kann sich der Schuldner mit der exceptio doli oder pacti schützen, wenn der Gläubiger nachher die stipulirten höhern Zinsen wieder verlangt. Folgende Stellen sind hier merkwürdig.

L. 13. *pr. D. h. t.* Scaevola *libro I. Responsorum.* Qui semisses usuras promisit, *per multos annos* minores praestitit; heres creditoris semisses petit, cum per debitorem non steterit, quo minus *minores*[5] solvat. Quaero an *exceptio doli* vel *pacti*

4) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 14.

5) Statt *minores* will Noodt de foen. et usuris Lib. III. cap. 16. *maiores* gelesen wissen. Diese Critik billigt

obstet? Respondi, si exsolvendis ex more usuris per tanta tempora *mora per debitorem non fuit*, posse, secundum ea, quae praeponerentur, *obstare exceptionem.*

L. 5. Cod. h. t. Impp. Severus et Antoninus AA. et CC. *Sabino et aliis.* Adversus creditorem usuras maiores ex stipulatu petentem, si probetur *per certos annos* minores postea consecutus, utilis est *pacti exceptio:* secundum quod tueri causam potestis etiam *adversus defensores civitatis* [6]) maiores petentes ex cautione, si probaveritis semper quincunces amitam pupillorum vestrorum, quae maiores caverat, dependisse [7]).

auch *Ant.* Schulting Thes. controv. Decad. XCIII. Th. 7. Allein Pothier in Pand. Justin. T. I. h. t. P. II. Nr. XLIV. Not. g. glaubt mit Cujaz, es lasse sich das Gesetz ohne Emendation auch füglich so verstehen, wenn sich der Schuldner nicht etwa bey Bezahlung der geringern Zinsen eines Verzugs schuldig gemacht hat, wie auch die nachfolgenden Worte deutlich zu erkennen geben.

6) Diese defensores civitatis sind hier nicht die Municipal-Obrigkeiten, von denen Tit. 53. Lib. I. Cod. handelt, und *Jo. Christ.* Schmid, *Lipsiae* 1769. eine eigne Dissertation geschrieben hat; sondern die Verwalter der städtischen Güter, wie auch die Syndici, welche zu Besorgung gewisser Angelegenheiten der Stadt gebraucht wurden. *L.* 18. §. 13. *D. de muneric.* Man sehe Donellus in Comm. ad L. 5. C. h. t. nr. 7.

7) Wie konnte denn aber der defensor civitatis dem erworbenen Recht der Stadt etwas vergeben? Wie stimmt dieß mit *L.* 37. *D. de pactis* überein? Donellus c. l. nr. 10. giebt verschiedene Gründe hiervon an, unter an-

L. 8. Cod. eodem. Imp. Antoninus A. *Theophoro.* Quamvis Bassa, cum pecuniam mutuam acciperet, minores usuras Menophani spopondit; et nisi intra certum tempus eas solvisset, ampliores (licitas tamen) promisit: tamen si post tempus cautioni praefinitum creditor easdem accepit, nec maiores sibi dari postulavit, ac per hoc non recessisse eum a minorum praestatione probari potest: eas usuras computari oportet, quarum in exactione creditor perseveravit.

Wie lange muß aber der Gläubiger die geringern Zinsen wissentlich angenommen haben, wenn er solche fernerhin anzunehmen schuldig seyn soll? Doneau[8]) erfordert dazu einen Verlauf von zehen Jahren. Allein die in den angeführten Gesetzen gebrauchten Ausdrücke per multos annos, per certos annos enthalten diese Zeitbestimmung nicht nothwendig; die meisten Rechtsgelehrten[9]),

dern, es sey hier anzunehmen, die Stadt sey in die Stelle eines Privatgläubigers eingetreten, der schon geringere Zinsen angenommen hatte. Allein Cujas nimmt in seinen Recitat. solemn. ad h. L. 5. auch einen stillschweigenden Vertrag mit der Stadt an.

8) Comm. ad L. 5. Cod. h. t. nr. 3. Er beruft sich auf *L. 16. §. 3. D. Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt.* Allein in diesem Gesetz galt es der Freyheit eines Menschen, welche mehr begünstiget ist, als die Zinsen.

9) S. Brunnemann Comm. ad L. 5. Cod. h. t. Berger Elect. Disceptat. for. Tit. L. Obs. 3. Not. 3. pag. 1665. *Chr. Lud.* Crell Observation. de reditibus annuis leviori moneta solutis. *Vit.* 1736. Obs. 1. pag. 6. Struben's rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 168. Schmidt's Abhandl. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. §. 223. S. 326.

halten es daher für hinreichend, wenn der Gläubiger die geringern Zinsen drey Jahre nach einander ohne Widerspruch angenommen hat [10]).

b) Wenn die rückständigen Zinsen dem Kapital gleich sind [11]).

Ob übrigens durch ein Moratorium des Schuldners der Zinsenlauf gehemmt werde? ist eine sehr streitige Rechtsfrage, welche von einigen [12]) bejahet, von andern [13]) verneinet, und von verschiedenen Rechtsgelehrten [14]) dahin beantwortet wird, daß zwar bey Verzugs-

10) Arg. *L.* 1. *Cod. de fideicomm.*

11) *L.* 26. *Cod. de Usur.*

12) *Ben.* Carpzov in Asylo debitor. Cap. IV. §. 61. et in Iurispr. for. P. II. Const. 30 Def. 46. *Jo.* Borrius Decis. CCXCVI. nr. 5. u. a. m.

13) *Jo.* Voet Comm. ad Pand. T. II. Lib. XLII. Tit. 3. §. 15. *Ern. Mart.* Chladenius Diss. de rescriptis moratoriis cursum usurarum non sistentibus. *Vitemb.* 1757. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. III. Memor. I. §. 6. Gemeinnützige juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsässer. 2. B. Nr. XII. §. 84. S. 131. Christoph Christ. Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 505. f. Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. B. Medit. 75. Thibaut Syst. des Pandect. Rechts 3. B. §. 1221. Ge. Happel Anleitung zum Verfahren, Concursprozesse abzuwenden. §. 56. und Aug. Siegm. Kori System des Concursprozesses §. 82.

14) *Dav.* Mevius Discuss. leviorum inopiae debitor. Cap. IV. Sect. VIII. nr. 31. sqq. pag. 248. sqq. *Just. Henn.* Boehmer Diss. de litteris respirationis. *Halae*

zinsen die Frage zu bejahen, bey andern Zinsen aber zu verneinen sey. Allein geht man von dem Satz aus, daß Moratorien keine Rechte aufheben, sondern den Schuldner nur gegen das Andringen seiner Gläubiger schützen sollen, damit er sich während ihrer Dauer wieder erholen könne; so kann es wohl die Absicht nicht seyn, den Gläubigern in Ansehung ihrer rechtmäßigen Forderungen an den Schuldner etwas zu entziehen, oder in Ansehung der Verbindlichkeiten des Schuldners etwas zu verändern. Zwar können während des Moratoriums keine Verzugszinsen ihren Anfang nehmen, weil der Anfang des Verzugs durch das Moratorium entfernt wird, allein daß auch der bereits angefangene Zinsenlauf aufhören soll, liegt in der Natur des Moratoriums keinesweges.

2) Sind die Zinsen vorausbezahlt worden, so kann der Gläubiger vor Ablauf der Zeit, bis auf welche die Zinsen vorausbezahlt sind, das Kapital nicht zurückfordern. Es liegt hier ein stillschweigender Vertrag zum Grunde, welcher dem Schuldner die exceptio doli giebt, womit er den Gläubiger zurückweisen kann, wenn er vor Ablauf dieser Zeit das Kapital zurückfordert, wie folgende Gesetzstellen bestätigen.

L. 67. pr. D. de pactis. Florentinus *Lib. VIII. Institutionem.* Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.

1722. Cap. II. §. 16. in fin. Franz Jos. Hartleben allgemeine Bibliothek der neuesten juriſt. Litteratur. 2. B. 1. St. für das Jahr 1786. S. 274. und Albrecht Schweppe Syst. des Concurses der Gläubiger. §. 12.

L. 6. §. 6. D. de doli mali et met. exceptione. ULPIANUS *libro LXXVI. ad Edictum.* Non male dictum est, si creditor usuras in futurum acceperit, deinde pecuniam nihilominus petat, antequam id tempus praetereat, cuius temporis usuras accepit, an *doli mali exceptione* repellatur? et potest dici, dolo eum facere: accipiendo enim usuras distulisse videtur petitionem in id tempus, quod est post diem usurarum praestitarum, et tacite convenisse, interim se non petiturum.

Es erscheint hieraus klar, daß das Vorausnehmen der Zinsen an sich nicht unerlaubt sey [15]. Wie könnte es auch unerlaubt seyn, da es ja dem Verpächter freystehe, sich den Pachtzins vorausbezahlen zu lassen, wie Leyser [16] ganz richtig bemerkt? Allein ob nicht dasjenige, was nach den Gesetzen der Pandecten erlaubt war, durch ein neueres Recht verboten worden sey, ist sehr streitig. Viele [17] wollen dieses behaupten, und berufen sich auf die Verordnung des Kaisers Justinian, welche in der *L. 26. §. 1. Cod. h. t.* folgendermassen lautet: Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem: sed et si acceperit, in sortem hoc

15) Von vorausbezahlten Zinsen versteht man auch den Fall der *L. 122. pr. D. de Verb. Obligat.* S. *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 4. *Frid.* GORDONIUS Praetermissor. Cap. 4. und *Guil.* COSTANUS Variar. Quaest. Lib. I. cap. 5.

16) Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCXLIII. medit. 9.

17) STRUV Synt. iurisprud. civ. T. II. Exerc. XXII. Th. 57. MÜLLER ad Eundem. Not. α. LEYSER. c. l.

imputare compelletur, *interdicta licentia creditoribus ex pecuniis foenori dandis aliquid detrahere, vel retinere siliquarum nomine, vel sportularum, vel alterius cuiuscunque causae gratia.* Andere [18]) hingegen wollen dieſe Verordnung nur von dem Falle verſtehen, wenn der Gläubiger die Zinſen wider den Willen des Schuldners ſofort vom Capital abzieht. Wenn hingegen die Erhebung vorausbezahlter Zinſen mit des Schuldners freier Einwilligung geſchieht, ſo ſey ſolche nicht für verboten zu achten, wenn zumal der Schuldner für die früher geleiſtete Zahlung entſchädiget werden ſollte. Allein genau erwogen, iſt in dem angeführten Verbote des Kaiſers Juſtinian, vom Capital nichts abzuziehen, von einem Vorausempfang der Zinſen gar nicht die Rede, ſondern es ſpricht von einem ganz andern Abzuge, dergleichen ſich die römiſchen Föneratoren unter dem Namen von *Siliquae* [19]), oder *Sportulae* [20]) und dergleichen [21]),

18) *Io.* Schilter Prax. iuris Rom. Ex. VIII. Cor. 1. *Frid. Es. g* Puffendorf Observation. iuris. univ. Tom. III. Obs 68. und Ge. Jac. Fried. Meiſter pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrecht. 1. Band (Göttingen 1791.) 2. Bemerk. S. 31. f.

19) *Siliqua* iſt eigentlich der vier und zwanzigſte Theil von einem Solidus, wie Isidorus Lib. XVI. *Origin* c. 24. lehrt. Salmasius de Usuris. Cap. XVII. pag. 492. giebt uns davon folgende Erklärung. *Aureus Iustinianus viginti quatuor siliquas auri obryci pensabat. Fuere et minuti numi aurei eadem nomine ac pondere, quae Siliquae Latinis, κεράτια Graecis. Permutabatur itaque nummus aureus, sive solidus* Iustiniani *viginti quatuor siliquis aureis.* Man vergleiche noch *Ant.* Augustinus Emendation. et Observation. L. II. cap. 9. und Gronovius de Pecunia Vet. Lib. IV. cap. ult.

h. l. T. würden wir ſagen, unter dem Namen einer Proviſion, oder Zählgeldes, worunter man den Zinswucher zu verbergen ſucht, zu erlauben pflegten. Das ſoll nun durchaus nicht mehr Statt finden. Daß dieſes aber gar nicht auf Vorausbezahlung von Zinſen gehe, lehren die gleich nachher folgenden Worte: *Nam si quid huiusmodi factum fuerit, principale debitum ab initio ea quantitate minuetur, ut tum ipsa minuenda pars, quam* USURAE EIUS *exigi prohibeantur.* Es iſt daher die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [22])

20) *Sportulae* ſind munera oder munuscula, Geſchenke, welche ſich die Foneratoren für die Verſchaffung des Geldes geben ließen. S. HIERONYMUS *in Ezechielem.* Lib. VI. cap. 18. und LACTANTIUS *Divinar. Institut.* Lib. VI. cap. 18. Vergl. Ger. NOODT de foen. et Usur. Lib. II. cap. 14. (*Oper.* Tom. I. pag. 253.)

21) Ueber die Worte: *vel alterius cuiuscunque causae gratia* giebt AMBROSIUS *in Tobia* Cap. 14. Aufſchluß, wenn er daſelbſt ſagt: Et quia plerique refugientes praecepta legis, cum dederint pecuniam *negotiatoribus*, non in pecunia usuras exigunt, sed *de mercibus* eorum tanquam usuram *emolumenta* percipiunt, ideo audiant, quid lex dicat: *neque usuram*, inquit, *escarum accipies, neque omnium rerum, quascunque foeneraveris fratri tuo.* Fraus enim ista et circumscriptio legis est, non custodia. Et putas, te pie facere, quia a negotiatore velut mutuum suscipis? Inde ipse fraudem facit *in mercium pretio*, unde tibi solvit usuram. Fraudis illius tu auctor, tu particeps, tibi proficit, quidquid ille fraudaverit. S. NOODT c. l.

22) *Gust. Henr.* MYLIUS Diss. de anticipatione usurarum. *Lipsiae* 1784. *Frid. Gottl.* ZOLLER Exerc. iur. in Quaeſtionem: utrum anticipatio usurarum usurariam pravitatem involvat. *Lipsiae* 1777. *Car. Ferd.* HOMMEL

wohl die richtigste, welche behaupten, die *L.* 26. §. 1. *C. h. t.* gehöre gar nicht hieher, geschweige denn, daß dadurch das Pandectenrecht sey aufgehoben worden. Es ist auch in der That in der Vorausnahme der Zinsen an sich weder eine Unbilligkeit noch für den Schuldner ein Nachtheil zu finden, weil ja der Schuldner sogleich das Geld gebrauchen kann, und kein Gesetz vorhanden ist, welches die Zinsen vorauszunehmen verboten hat.

3) Aus einer mehrjährigen Zinsenzahlung entsteht die rechtliche Vermuthung, daß eine Hauptschuld vorhanden sey, weil nicht zu vermuthen ist, daß Jemand werde Zinsen bezahlen, ohne das Capital schuldig zu seyn [23]). Gewöhnlich erfordert man dazu einen Zeitverlauf von zehen Jahren [24]). Allein es läßt sich hier, wo blos von Begründung einer gesetzlichen Vermuthung die Frage ist, kein Grund von der Verjährung hernehmen, beson-

Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Obs. 603. nr. 4. *Jo. Ad. Theoph.* Kind Quaestion. for. Tom. II. Cap. 67. und *Jo. Ern. Just.* Müller Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 486. Lud. Jul. Fried. Höpfner theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 967. Not. 8. und Gottl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. Band, §. 361. S. 142.

23) *L.* 6. *D. h. t. Melch. Dethm.* Grolmann Commentat. de praesumtione debiti ex solutione usurarum. *Giessae* 1754. 4. und *Frid. Gottl.* Zoller Ex. de praesumtione mutui ex solutione usurarum petenda. *Lipsiae* 1776.

24) Grolmann cit. Commentat. Cap. III. §. 9. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLIII. med. 7. et Vol. V. Spec. CCCIV. med. 9. Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 221. nr. 8.

bers da die Gesetze [25]) auch in andern Fällen, wo es blos auf eine Präsumtion ankommt, eine kürzere Zeit, als zur Verjährung erforderlich ist, für ein longum tempus halten [26]). Da jedoch hier blos von einer Vermuthung die Rede ist, welche der Wahrheit weichen muß, so kann dieselbe nur so lange von Wirkung seyn, bis von dem vermutheten Schuldner das Gegentheil bewiesen worden ist [27]). Denn daß hier von keiner Verjährung einer Schuldverbindlichkeit die Rede seyn könne, ist bereits oben (S. 50. ff.) gezeigt worden. Endlich

4) Geldzinsen sind in den Münzsorten zu bezahlen, in welchen die Hauptschuld abzutragen ist. Denn Zinsen sind ein Zubehör des Capitals [28]). Sie müssen also auch nach eben dem Rechte beurtheilt werden [29]). Doch kann durch Vertrag ein anders bestimmt werden. Nur bey Verzugszinsen findet eine Ausnahme Statt. Diese brauchen nur in den Münzsorten bezahlt zu werden, welche zur Zeit der geschehenen Verzögerung gangbar waren,

25) *L.* 1. *Cod. de fideicommiss.*

26) Zoller cit. Exercitat. §. 8. et 9.

27) Brunnemann Comm. ad L. 6. D. h. t. nr. 9. Mevochius de praesumtionib. Lib. III. praes. 131.

28) *L.* 23. *Cod. h. t.*

29) *Cap.* 42. *de regulis iuris in* 6to. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLIII. medit. 3. Struben rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 168. Puffendorf Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 101. et 102. Wernher select. Obs. forens. Tom. II. P. IX. Obs. 187.

weil zur Zeit der Verzögerung erst die Verbindlichkeit, Zinsen zu entrichten, entstanden ist [30]).

§. 1133.

Größe der gesetzmäßigen Zinsen.

Sollen nun aber Zinsen erlaubt und rechtmäßig seyn, so dürfen sie

I. die gesetzlich bestimmte Größe nicht übersteigen. Um jedoch den gesetzlichen Zinsfuß näher zu bestimmen, müssen wir zwischen dem Römischen Recht, und den Vorschriften der teutschen Reichsgesetze einen Unterschied machen.

A. Nach dem Römischen Recht war der Zinsfuß vielen Veränderungen unterworfen [31]). Denn die Zinsen waren dem Volke verhaßt, weil es dadurch von den Reichen sehr gedrückt wurde. Anfangs scheint der

30) Joh. Lud. Schmidt Abhandl. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. (Jena 1782. 4.) §. 216. — §. 222. S. 316. ff.

31) *Jo. Frid.* Gronovius de centesimis usuris et foenore unciario. *Lugd. Batav.* 1664. 8. *Jo.* Strauch Disp. de centesimis usuris et foenore unciario ad L. 26. §. 1. Cod. de Usuris. *Jenae* 1672. 4. *Ge. Casp.* Kirchmaier Diss. de foenore unciario: noviss. rec. *Jenae* 1737. Joh. Aug. Bach unpartheyische Critik über jurist. Schriften. 3. Band, S. 432. — 438. Joh. Phil. Ostertag Progr. über die Berechnung der Zinsen bey den Griechen und Römern. Regensburg 1784. 4. (in Desselben kleinen Schriften, Samml. I. S. 210. — 246. *Jac. Henr.* Nast Pr. de re foenebri. Romanor. 1789. 4.

Zinsfuß gar keine Gränze gekannt zu haben. Die Reichen schalteten nach Willkühr. Daher das Geschrey der Schuldner über die Unbarmherzigkeit der Wucherer [32]). Man suchte also den armen Schuldnern zu helfen, so gut man konnte, zuerst durch Beschränkung des Zinsfusses, nachher, daß man die Zinsen ganz verbot. Doch keines dieser ältern Gesetze entsprach seinem Zweck [33]). Tacitus [34]) erzählt, in den zwölf Tafeln sey zuerst das foenus unciarium festgesetzt worden; dann sey es durch eine rogatio tribunicia auf ein semunciarium herabgesetzt, und endlich gar alles Geldausleihen gegen Zinsen untersagt worden. Livius [35]) weiß nichts von einem durch die zwölf Tafeln bestimmten Zinsfuße. Er gedenkt dagegen einer rogatio, welche durch die Tribunen

32) Livius. VI. c. 14.

33) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 122. der 5. Aufl.

34) *Annal.* Lib. VI. Cap. 16. Sane vetus urbi foenebre malum, et seditionum discordiarumque creberrima causa: eoque cohibebatur, antiquis quoque et minus corruptis moribus. Nam primo duodecim tabulis sanctum, *ne quis unciario foenore amplius exerceret*, cum antea ex libidine locupletium agitaretur: *deinde rogatione tribunicia ad semuncias redacta*, postremo *vetita versura*, d. h. sublatum omne foenus. Es ist daher nicht nöthig statt versura, wie einige wollen, usura zu lesen. Man sehe hier vorzüglich Salmasius de modo Usurarum. Cap. VII. pag. 292. sqq.

35) *Lib. VII. Cap.* 16. Haud aeque laeta Patribus insequenti anno *C. Marcio*, *Cn. Manlio* consulibus *de unciario foenore* a M. Duilio, L. Menio Tribunis plebis rogatio est perlata: et plebs aliquanto eam cupidius scivit, accepitque.

M. Duilius und L. Mönius unter dem Consulat des C. Marcius und Cn. Manlius durchgesetzt worden sey. Darin sey zu nicht geringem Kummer der Patrizier das foenus unciarium festgesetzt worden. Dieß ist also die *Lex Duilia Moenia* vom Jahr der Erb. Roms 397. Eben dieser Livius[36]) erzählt, es sey unter den Consuln T. Manlius Torquatus, und C. Plautius, also im Jahre Roms 407. durch ein Gesetz das foenus unciarium in ein semunciarium verwandelt, und zur Erleichterung des Volks zugleich verfügt worden, daß alle Schulden in vier gleichen Terminen innerhalb drey Jahren abgezahlt werden sollten. Zweifelhaft hingegen drückt sich Livius[37]) über das vom Tacitus als vollkommen gewiß angegebene Verbot des verzinslichen Geld-Anlehns aus. Er habe, sagt er, bey Einigen gelesen, der Tribun L. Genucius habe einen Volksschluß veranlaßt, wodurch alle Zinsen wären verboten worden. Man setzt diese *Lex Genucia* in das Jahr der Erb. Roms 412. in welchem C. Marcius Rutilus IIII. und Q Servilius Ahala III. das Consulat führten. Dem sey nun, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß man diese Zinsgesetze durch tausend Kunstgriffe unwirksam zu machen mußte. Eben dieß war auch der Grund, daß im Jahre der Erb. R. 561. durch den Tribun M. Sem-

36) *Lib. VII. cap.* 27. Idem etiam domi forisque mansit T. Manlio Torquato, C. Plautio Consulibus: *semunciarium tantum ex unciario foenus factum*, et in pensiones aequas triennii, ita ut quarta praesens esset, solutio aeris alieni dispensata est.

37) *Lib. VII. cap.* 42. Praeter haec invenio apud quosdam, L. Genucium tribunum plebis, tulisse ad populum, *ne foenerare liceret*.

pronius ein Plebiscit zu Stande kam, nach welchem die socii latini nominis in Rücksicht des Geldcredits ein gleiches Recht, wie die Bürger in Rom haben sollten. Livius[38]) gedenkt dieses Kunstgriffs, welchem auf solche Art durch die *Lex Sempronia* unter dem Consulat des L. Cornelius Merula und Q. Minucius Thermus begegnet worden sey. Doch bald nachher vergaß man alle jene Gesetze, und die Zinswucherey war wieder gränzenlos. Daher bestimmten die Prätoren in ihren Edicten das Maximum der Usura centesima[39]); und dieses wurde nachher noch durch ein eigenes Senatusconsult im Jahr der Erb. Roms 703. sanctionirt[40]). Man wird über diese mancherley Zinsgesetze der Römer noch mehrere Nachrichten bey Noodt[41]) und Heineccius[42]) finden.

Um sie aber zu verstehen, müssen hier die Ausdrücke erklärt werden, wodurch man die verschiedenen Arten des Zinsfusses unterschied. Zu dem Ende ist hier zu bemerken, daß die Alten in der Zahl 100. eine gewisse Gränze um deshalb fixirt hatten, weil man diese Zahl gewisser-

38) Lib. XXXV. cap. 7.

39) Cicero *ad Atticum Lib. V.* Epist. *ult.* Interim cum ego *in edicto tralaticio* centesimas me observaturum haberem. Add. Lib. VI. Ep. 1.

40) Cicero *ad Atticum Lib. V. Epist.* 21. Praesertim cum S. C. modo factum sit, puto, postquam tu es profectus, in aeditorum causa, *ut centesimae perpetuo foenore ducerentur.*

41) De foen. et usuris. Lib. II. cap. 4.

42) Antiquitat. romanar. iurisprud. illustrant. Syntagm. Lib. IIk. Tit. 15. §. 7. — §. 16.

massen als das Ende aller übrigen ansehen konnte, ausser welcher es bis auf tausend keine neue Benennungen gab. Auf gleiche Weise hatten die Alten eine gewisse Zinsengröße bestimmt, von welcher dann die Zinsen, die geringeren so wie die höheren, ihre Benennungen erhielten. Dieß war die Centesima, welche die Römer in ihren Calendarien durch ein umgekehrtes C. gleich bey der Summe des Kapitals andeuteten z. B. *Summa cIↃ. drachmar.* 43). Alle sind darin einverstanden, daß die *centesima usura* nichts anders sey, als der hundertste Theil vom Kapital, welcher monatlich an Zinsen bezahlt wurde 44), und auch davon den Namen erhalten habe. Wenn nun jeden Monat der hundertste Theil des Kapitals an Zinsen bezahlt wurde, so machte dieses des Jahrs eine Zinsengröße von 12 Procent, und dieses war der höchste Zinsfuß, das Maximum stipulirter Zinsen. Zur Bestätigung kann folgende Stelle aus Harmenopulus 45) dienen. *Centesima usura* (ἑκατοστιαῖος τόκος) *est*, sagt er nach der Uebersetzung des Johann Mercerus, *cum ob centum nummos toto anno duodecim praestantur, propterea quod pro centum nummis unus quoquo mense nummus detur, qui si cum universis centum conferatur, omnino centesimam habet rationem. Unde et iure huiusmodi usura dicta est.* Diese Centesima wird daher in den Gesetzen 46) *usura legitima*,

43) Salmasius de modo usurar. Cap. 8. pag. 310.

44) Noodt de F. et U. Lib. II. cap. 2. Strauch cit. Diss. Cap. 3. pag. 20. — 23.

45) *Promptuar. iur.* Lib. III. Tit. 7.

46) *L.* 7. §. 4. *et* 10. *D. de administrat. et peric. tut. L.* 8. *Cod. Si certum petat. L.* 3. *Cod. Arbitr. tut.*

oder *usurae legitimae*; und weil sie das Maximum war, *usura maxima*, oder im Pluralis *usurae maximae* [47]; auch *usura gravissima* genennt [48]. Wurden nun geringere Zinsen bezahlt, so bezeichnete man dieselben nach den Theilen eines as, worauf die Römer immer das Ganze zu reduciren pflegten, dessen Theile sie bestimmen wollten [49]. Auf solche Art theilte man denn auch die Centesima, nach Art eines as, in zwölff Unzen ein, und nannte selbst die centesimae, wie Gronov [50] bemerkt, *usurae asses*, wenn anders, wie ich glaube, die Lesart bey Plinius [51]) richtig ist, welcher von *duodenis assibus* spricht, quanti a privatis mutuantur. Daher wurden die Zinsen unter der centesima, nach den Benennungen der Theile des as, usurae *deunces* $\frac{11}{12}$ [52]), *dextantes* $\frac{10}{12}$, *dodrantes* $\frac{9}{12}$, *besses* $\frac{8}{12}$ [53]), *septunces* $\frac{7}{12}$, *semisses*, oder *semissales* $\frac{6}{12}$ [54]), *quincunces* $\frac{5}{12}$ [55]),

47) *L.* 64. *D. de adm. tut. L.* 38. *D. de negot. gest.*

48) *L.* 7. §. 8. *D. de admin. tut.*

49) Volusius Marcianus sagt: *Sicut assis appellatio ad rerum solidarum hereditatisque totius, divisio autem eius ad partium demonstrationem pertinet: ita et ad pecuniam numeratam refertur.*

50) De centesimis usuris. Ανεξηγ. II. §. 62. pag. 111.

51) Lib. X. Epist. 62. S. Noodt c. l. Lib. II. cap. 2. pag. 208.

52) Persius *Satyr.* 5. v. 149.

53) Cicero *ad Atticum* Lib. IV. Ep. 15.

54) Cicero *ad Atticum* Lib. IV. Ep. 14. Plinius *Hist. natur.* Lib. XIV. c. 4. *L.* 17. §. 6. *D. h. t. L.* 102. §. 3. *D. de solut.*

55) *L.* 17. *pr. D. h. t.*

trientes $\frac{4}{12}$ [56]), *quadrantes* $\frac{3}{12}$ [57]), *sextantes* $\frac{2}{12}$, *unciae* $\frac{1}{12}$ [58]), *semunciae* $\frac{1}{2}$. 12 genannt. Etwas verſchieden drückt ſich zwar Juſtinian in der Verordnung aus, worin er die geſetzmäßige Größe der Zinſen beſtimmt hat [59]). Da ſpricht er von einer *tertia parte centesimae*, ferner von einer *dimidia centesimae*. Er nennt aber auch eben daſelbſt *bessem centesimae*. Daß die Centesima bey den Römern die Einheit war, deren Zwölftheile den Zinsfuß ausdrückten, iſt wenigſtens, was die ſpätern Zeiten betrifft keinem Zweifel unterworfen [60]). Eben ſo gewiß iſt es auch, daß die Zinsrechnung nach Monaten ſpäterhin die allein herrſchende war [61]). Aber ob die Centesima auch die Einheit der alten Unzial- und Semunzial-Zinſe

56) Cicero *Ep. ad Atticum* c. l. *L.* 7. §. 10. *D. de administr. tutor.*

57) *L.* 21. §. 4. *D. de annuis legat.*

58) *L.* 47. §. 4. *D. de adm. et peric. tutor.*

59) *L.* 26. §. 1. *D. de Usuris.*

60) Salmaſius, Gronov, Strauch und alle oben angeführten Schriftſteller haben dieſes ſo ſtreng, als möglich, bewieſen.

61) *L.* 40. *D. de reb. cred.* *L.* 26. §. 1. *D. Depositi.* *L.* 90. *D. de Verb. oblig.* Horatius *Epod. Od.* 2. *v.* 70. *et Lib. I. Sermon. Sat.* 3. S. Noodt c. l. Lib. II. cap. 1. pag. 205. Dieſe Berechnungsart der Zinſen iſt unſtreitig von den Griechen entlehnt, zu Athen war das monatliche Procent, eine Drachme von der Μνᾶ oder *Mina*, welche hundert Drachmen an Werth enthielt. Eine *Drachma* war alſo der hundertſte Theil vom Kapital, deſſen Summe man nach der Μνᾶ beſtimmte. S. Salmasius de modo Usurarum. Cap. 6. pag. 228. sqq. Strauch Cit. Diss. Cap. 3. pag. 18. et 19.

war, deren in den oben genannten Volksschlüssen gedacht wird, und zwar auch für den Monat, aber nicht vielmehr für das Jahr, ist sehr bestritten. Martin Schoock[62]) hält das unciarium foenus, von welchem Tacitus und Livius reden, mit der centesima für Eins. Gronov[63]) hingegen versteht darunter den zwölften Theil der Centesima. Die Gründe für beyde Meinungen hat Strauch[64]) sorgfältig geprüft, und erklärt sich für die letztere. Diese Meinung, welche in dem Unzialzinsfuß nur ein Procent jährlich erkennt, wird von den meisten vertheidigt, und sie ist auch allerdings mit weit wichtigern Gründen ausgerüstet. Schon Scävola[65]) überzeugt uns, daß die *unciae usurae* geringere Zinsen sind, als die centesimae. Warum sollten wir also den gemeinen Sprachgebrauch verlassen? Sodann war ja auch das foenus unciarium nach der Erzählung des Livius durch eine rogatio tribunicia als Erleichterung des Volks eingeführt, und von demselben zum Verdruß der Patrizier mit leidenschaftlicher Begierde sanctionirt. Ueber usurae centesimae hätte aber das Volk so wenig sich zu freuen Ursache gehabt, als die Patrizier sich darüber zu kümmern. Dem Volke fiel ja es zu schwer das Kapital zu bezahlen, wie hätten sie solche Zinsen aufbringen wollen? Demohngeachtet scheint es doch fast unglaublich zu seyn, daß nur der zwölfte Theil der Centesima, ja zehen Jahre

62) De foenore unciario. *Groeningae* 1661. 8.

63) De contesimis usuris et foenore unciar. Αντεξηγησις I. et II. contra *Schoockium*. pag. 63. sqq.

64) Cit. Diss. Cap. 4.

65) *L.* 47. §. 4. *D. de administ. et peric. tutor. et curator.*

nachher sogar nur der vier und zwanzigste Theil derselben im Ernst als gesetzliche Zinsennorm sollte bestimmt worden seyn. Man hätte sich ja in der That schämen müssen, ein solches Bagatell monatlich vom Schuldner anzunehmen. Unmöglich hätte auch ein so sehr herabgesetzter Zinsfuß zu neuen Klagen und Unruhen Anlaß geben können. Alle Zweifel sind gelöst, durch die neue auf einen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit erhobene Meinung [66]), daß das alte foenus unciarium ein Zwölftheil des Capitals gewesen, und nicht für den Monat, sondern für das Jahr, und zwar ursprünglich für das alte cyklische Jahr von zehen Monaten berechnet worden sey. Die Unzialzinse habe also, wenn sie für dieses in $8\frac{1}{3}$ Procent bestand, für das bürgerliche Jahr zehen Procent, und so die halbe Unze (foenus semunciarium) fünf Procent betragen.

Die usurae centesimae, welche also vor Justinian das Maximum erlaubter Zinsen betrugen, erlitten unter Constantin dem Großen und seinen Nachfolgern manche wichtige Veränderungen. Es machte nämlich

1) K. Constantin der Große einen Unterschied, ob das Kapital in Früchten, nassen oder troknen, oder in Gelde besteht. In dem ersten Falle sollte es erlaubt seyn, sich an Fruchtzinsen bis auf den dritten Theil des Kapitals, also von zwey ausgeliehenen Scheffeln Getreide

66) S. B. G. Niebuhr's Römische Geschichte, 2. Th. (Berlin 1812.) S. 431. — 440. Schrader's, Beytrag zu Niebuhr's Erörterungen über den alten Röm. Zinsfuß, (in Hugo civilist. Magazin 5. B. 2. Heft, S. 180. — 184.) und Hugo's Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 122. S. 147. der 5. Aufl.

ſich den dritten auszubedingen. In dem letzten Falle aber ſollten die Zinſen nicht die monatlichen centesimae überſteigen dürfen. Die Verordnung dieſes Kaiſers, publicirt im Jahr 325. iſt die *L.* 1. *Cod. Th. h. t.* und ſchon oben [67]) vorgekommen.

2) Die monatliche Centesima bey den Geldanlehnen wurde um die Hälfte vermehrt [68]). Jac. Cujaz [69]) ſchreibt auch dieſe Erhöhung dem Kaiſer Conſtantin dem Großen zu; Jac. Gothofredus [70]) aber glaubt mit mehrerem Grund, daß ſie unter dem Kr. Valentinian dem ältern geſchehen ſey.

3) Nach einer Verordnung des Kaiſers Arcadius ſollte es den Senatoren, jedoch wie Godefroi [71]) meint, nur den minderjährigen, gegen die Regel, nach welcher ſonſt den Senatoren alles verzinsliche Geldausleihen verboten war, erlaubt ſeyn, ihre Gelder, aber nur gegen eine halbe centesima monatlich, zu verlehnen. Die Verordnung iſt vom Jahre 405. und in dem Theodoſianiſchen Codex die *L.* 4. *Lib. II. Tit.* 32. *de Usur.*

4) Der Richter konnte jedoch in ſolchen Fällen, wo keine Zinſen verſprochen waren, auf usuras centesimas nur ausnahmsweiſe erkennen, z. B. wenn der Vormund, oder negotiorum gestor, die erhobenen

67) S. §. 1129. Not. 50. S. 17.

68) *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 1. Cod. Th. de Usuris. Tom. I. pag. 271. edit. *Ritter*

69) Observat. Lib. III. Cap. 45.

70) Comm. ad L. 1. Cod. Th. h. t. c. l.

71) S. *Jac.* Gothofredus in Commentar. ad L. 4. Cod. Theod. h. t. Tom. I. pag. 274. sq. edit. *Ritter.*

Gelder widerrechtlich in seinen Nutzen verwandt hatte[72]). Ausserdem sollte der Richter nach der mos regionis, wo der Contract geschlossen worden, den modus usurarum bestimmen[73]). Dem Fiskus aber konnten immer sechs Procent zuerkannt werden[74]).

5) Die Usurae rei iudicatae betrugen nach einer Verordnung der Kr. Kr. Gratian, Valentinian und Theodos zwey centesimae, wenn der Schuldner nicht nach zwey Monaten dem Erkenntniß gemäß Zahlung geleistet, und der Gläubiger sich binnen einem Monat nach eingetretenem Verzuge gemeldet hatte[75]). Endlich

6) beym foenus nauticum war dem Vertrage der Interessenten noch gar keine Gränze gesetzt[76]).

Justinian führte hierauf einen ganz neuen Zinsfuß in einer an den Praefectus praetorio Menas oder Menna gerichteten, und im dritten Jahre seiner Regierung 628. publicirten Verordnung ein. Sie ist in

72) *L.* 7. §. 4. 7. 8. *et* 10. *D. de administr. tutor. L.* 38. *D. de negot. gest.* Noodt de F. et U. Lib. II. cap. 5.

73) *L.* 1. *D. h. t. L.* 37. *D. eodem. L.* 39. §. 1. *D. de legat. I.*

74) *L.* 17. §. 6. *D. h. t.* Noodt c. l. cap. 10.

75) *L.* 1. *Cod. Th. de Usuris rei iudic.* Noodt c. l. Cap. 8. pag. 220.

76) Paulus *Sentent. receptar. Lib. II. Tit.* 14. §. 3. Trajectitia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, *infinitas usuras* recipere potest. Noodt c. l. cap. 7.

der *L.* 26. §. 1. *Cod. h. t.* enthalten, und lautet folgendermaſſen.

Super *usurarum* vero *quantitate* etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram, et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes. Ideoque iubemus, *illustribus* quidem *personis*, sive eas praecedentibus, minime licere *ultra tertiam partem centesimae* usurarum nomine in quocunque contractu vili, vel maximo, stipulari. Illos vero, *qui ergasteriis praesunt*, vel *aliquam licitam negotiationem gerunt*, usque ad *bessem centesimae* usurarum nomine in quocunque contractu suam stipulationem moderari In *trajectitiis* autem *contractibus*, vel specierum foenori dationibus, usque ad *centesimam* tandummodo licere stipulari, nec eam excedere, licet *veteribus legibus* hoc erat concessum. *Ceteros* autem *omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum nomine posse stipulari:* et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent. Nec liceat iudici memoratam augere taxationem, occasione consuetudinis in regione obtinentis.

Nach dieſem neuen Geſetz ſollen alſo usurae centesimae nur noch, als Ausnahme von der Regel, in zwey Fällen bedungen werden können. 1) *In trajectitiis contractibus*, d. h. in ſolchen Contracten, wodurch Geld dergeſtalt verzinslich dargeliehen wird, daß es entweder in Natur, oder in Waaren, welche dafür angeſchaft worden, auf Gefahr des Gläubigers über See geſchickt wer-

den soll [77]). Dies nennt man *foenus nauticum*, wovon der folgende Titel handelt. 2) Beym Fruchtanlehn, *in specierum foenori dationibus.* Species werden hier dem Gelde entgegengesetzt, und sind nichts anders als Früchte [78]), wie schon oben bemerkt worden ist, z. B. Getreide, Wein, Oel u. dgl. Bey diesen sind also die von Constantin dem Großen erlaubten usurae hemioliae, welche in der Hälfte des Capitals bestanden, aufgehoben worden [79]). Ausser diesen beyden Fällen, wo usurae centesimae erlaubt seyn sollen, darf nur eine pars centesimae an Zinsen genommen werden, und diese wird nun nach dem Unterschiede des Standes des Gläubigers bestimmt. Es wird hier folgende Classification gemacht.

1) *Personae illustres* und eas praecedentes oder *Superillustres* dürfen nicht über 4 Procent (ultra tertiam partem centesimae) an Zinsen stipuliren. *Personae illustres* waren bey den Römern Personen aus dem Stande der Senatoren [80]). In der Verordnung

77) *L.* 1. *D. de nautico foenore.* *L.* 122. §. 1. *D. de Verbor. obligat.*

78) *L.* 1. *C. Ut nemini liceat in emtione specierum se excusare.* *L.* 20. §. 2. *Cod. de agricolis et censitis.* Noodt Lib. II. c. 8.

79) S. die Not. 50. zum §. 1129. S. 16. und *Jo. Mich.* Steimmig Diss. de specierum usuris. §. 6. et 7.

80) *L.* 12. §. 1. *D. de Senator.* S. *Jac.* Gutherius de officiis domus Augustae. Lib. I. cap. 10. *M. August.* Campianus de officio et potestate Magistratuum Romanor. (*Augustae Taurinor.* 1724. 4.) Lib. I. cap. 35. p. 102. sqq. und *Car.* Bucher Domitii Ulpiani fragmenta. *Erlangae* 1819. 8. pag. 69 sq.

der Kr. Kr. Arcadius und Honorius [81]), worin die Strafe des Majestätsverbrechens bestimmt ist, werden auch die geheimen Staatsministers des Kaisers mit diesem Titel bezeichnet. *Superillustres* sind die nächsten nach dem Kaiser, und dieß waren die Patricii und Consules [82]). Justinian gedenkt in seinen Institutionen [83]) dieser summa patriciatus dignitas. Solche Patricii wurden *Patres Imperatoris* [84]) genennt, und giengen selbst den Praefectis praetorio und urbi vor [85]), nur den Consuln allein standen sie nach [86]). Man hielt es nun anfangs unter der Würde dieser illüstren Personen, sich mit Zinsen zu bereichern, und verbot ihnen daher, Gelder gegen Zinsen zu verleihen. Nachher wich man aber von diesem Verbote ab, und erlaubte ihnen geringere Zinsen, als andern [87]). Die geringsten Zinsen bestanden in vier Procent, wie Capitolinus [88]) vom Kr. Antoninus Pius erzählt; *Foenus trientarium*,

81) *L.* 5. *Cod. ad L. Jul. Majest.*

82) Gutherius cit. loc. Cap. 11. pag. 33. sq.

83) §. 4. *I. Quib. mod. ius patr. potest. solvit.* S. den 2. Th. dieses Commentars. §. 156. S. 394.

84) *Cit.* §. 4. *I. L. ult. Cod. de Consulib.*

85) Cassiodorus Varior. Lib. VI. cap. 2.

86) *L.* 1. *Cod. Th. de Consulib.* und *Jac.* Gothofredus in Commentar. ad h. L. Tom. II. *Cod. Theodos.* pag. 75. edit. *Ritter.*

87) S. *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 4. Cod. Th. de Usuris. Tom. I. pag. 275.

88) *Vit. Ant. Pii.* Cap. 2. Man sehe Noodt Lib. II. Cap. 14. pag. 232. und Strauch cit. Diss. de Usuris centesimis. Cap. 5. §. Exponendum.

hoc est, minimis usuris, exercuit, ut patrimonio suo plurimos adjuvaret, und dieſe geſtattet ihnen hier Juſtinian.

2) Kaufleuten und Banquiers ſind acht Procent, *usque ad bessem centesimae* usurarum nomine erlaubt. Das Geſetz ſagt, *qui ergasteriis praesunt. Ergasteria* oder eigentlich ἐργαστήρια, ſind hier Kaufmannsläden, loca mercimoniis deputata [89]), tabernae mercaturae exercendae. Oft werden daher auch ergasteria und tabernae [90]) mit einander verbunden. Der Nachſatz, *vel aliquam licitam negotiationem gerunt*; erklärt das Vorhergehende. Es iſt alſo hier von Kaufleuten die Rede, die einen erlaubten Waarenhandel treiben. Zu dieſen werden auch die argentarii oder Geldwechsler, Banquiers, gezählt, wie aus *L.* 1. *Cod. Negotiatores ne militent* erhellet [91]).

3) Allen übrigen Gläubigern, auch ſelbſt dem Fiscus, werden ſechs Procent, *dimidia centesimae, usurae semisses*, zugebilliget. In Anſehung des Fiscus hat Juſtinian noch eine beſondere Verordnung bekannt gemacht. Es iſt *L. ult. Cod. de fiscalibus usuris*, welche folgendergeſtalt lautet:

Fiscum etiam nostrum parere sanctioni nostri numinis iubemus: per quam *usque ad dimidiam*

89) *L.* 2. *Cod. de metatis.* (XII. 41.)

90) *L.* 2. *Cod. de Episcop. et Cleric. L.* 10. *Cod. Theod. eodem.*

91) S. Noodt de F. et U. Lib. II. Cap. 14. pag. 232. und *Herm.* Hubert Diss. II. de argentariis Veterum. Cap. IV. §. 3. (in Oelrichs *Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. T. I. pag. 89.)

centesimae usuras stipulari creditoribus, exceptis certis personis permisimus: *ut ipse etiam fiscus ultra dimidiam centesimae partem a debitoribus suis minime exigat:* sive principaliter ei promiserunt; sive a prioribus suis creditoribus actiones ad eum quocunque modo devolutae sunt.

Dieſen Zinsfuß ſoll nun auch der Richter in allen andern Fällen befolgen, wo keine Zinſen durch Stipulation bedungen ſind, ſondern ſolche aus einem andern rechtlichen Grunde gefordert werden, oder officio iudicis zuzuerkennen ſind, wie aus den Worten erhellet: et eam quantitatem usurarum *etiam in aliis omnibus casibus* nullo modo ampliari, *in quibus citra stipulationem exigi usurae solent.* Nach dieſer Vorſchrift dürften daher auch Vormünder und negotiorum gestores ſtatt der in den Geſetzen der Pandecten beſtimmten usurae maximae nur in die hier feſtgeſetzten usurae legitimae, alſo in 6 Procent verurtheilt werden, wenn ſie die für die Pupillen oder den Geſchäftsherrn erhobenen Gelder in ihren Nutzen rechtswidrig verwenden, wie auch viele[92]) behaupten. Indeſſen betrachten andere[93]) dieſen beſondern Fall als Ausnahme von der Regel, welche unter dieſem allgemeinen Geſetz nicht begriffen ſey.

92) *Hub* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. Lib. IV. ad L. 26. §. 1. Cod. de Usur. pag. 279. sq. *Ger.* Noodt de foen. et usur. Lib. II. cap. 14. pag. 234. und *Joh.* Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 2.

93) Strauch Diss. de usuris centesim. Cap. V. pag. 51. Wernher select. Observat. forens. Tom. II. P. VI. Obs. 316. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. et Lib. XXVI. Tit. 7. §. 33. Thibaut Syſt. des Pandect. Rechts, 1. Th. §. 281. a. E.

Soviel insonderheit die usurae rei iudicatae anbetrifft, so hob Justinian die strenge Constitution seiner Vorgänger der Kr. Kr. Gratian, Valentinian und Theodos[94]) auf, nach welcher sie eine doppelte Centesima, ausser der Vermehrung des Capitals mit der Hälfte desselben, (extrinsecus medietatem debiti) betrugen[95]), und wobey dem verurtheilten Schuldner nur eine zweymonatliche Nachsicht gestattet war. Er verordnete zuerst in der *L.* 26. *C. h. t.*, daß sie künftig nur eine halbe Centesima ausmachen sollten. Durch eine neuere Verordnung vom Jahr 529. erhöhete er sie aber nachher wieder bis zu usurae centesimae; er verlängerte dagegen den Nachsichtstermin bis zur viermonatlichen Frist, nach deren Ablauf die centesimae rei iudicatae eintreten sollten. Es ist die

L. 2. *Cod. de usuris rei iudicatae.* Imp. Justinianus A. *Mennae* P. P. Eos, qui condemnati solutionem pecuniarum, quas dependere iussi sunt, *ultra quatuor menses* a die condemnationis, vel si provocatio fuerit porrecta, a die confirmationis sententiae connumerandos distulerint: *centesimas usuras* exigi praecipimus: nec priscis legibus, quae *duas centesimas* eis inferebant, nec nostra sanctione, quae *dimidiam centesimae* statuit, locum in eorum personam habentibus.

Nachher erklärte Justinian noch in der *L.* 3. *Cod. eodem*, daß die centesimae rei iudicatae nur von dem

94) *L. un.* C. *Th. de usuris rei iudic.*

95) S. *Jac.* Gothofredus in Commentar. ad L. un. C. Th. h. t. Tom. I. pag. 443. edit. *Ritter.*

Kapital, nicht aber von den rechtskräftig davon zuerkannten Zinsen bezahlt werden sollten.

Zu den Ausnahmen von der Regel, wo usurae centesimae gefordert werden können, gehört noch die zwar viel ältere Verordnung des Kaisers Philippus, aber doch durch die Aufnahme in den Codex als geltendes Gesetz anerkannte *L. 4. C. de aedificiis privatis*, vermöge welcher ein Socius, wenn er nicht zu seinem Antheile vergütet, was der Andere auf die gemeinschaftliche Sache verwandt hat, seinen Antheil mit zwölf Procent verzinsen muß.

Auf die Person des Schuldners ist also bey der neuen Bestimmung des Justinianeischen Zinsfußes keine Rücksicht genommen worden. Erst in der Novelle 32. 33. und 34. begünstigte Justinian die Landleute, agricolae, indem er verordnete, daß man von ihnen nicht mehr als vier Procent an Zinsen nehmen solle, wenn man ihnen Geld leihet. Werden ihnen aber Früchte gegen Zinsen creditirt, so bleibt es ohne Ausnahme bey den Centesimis. In der Novelle 32. Kap. 1. heißt es nach Hombergks Uebersetzung:

Sancimus igitur, ut omnes, qui quamcunque mensuram aridorum fructuum, qualescunque illi sint, mutuam dederunt, ubi eam receperint, sine ullo additamento [96]) terras *agricolis* reddant: et nemo plane praetextu dicti mutui sive scriptis, sive sine scriptis celebrati terram detinere audeat: *nequam vero modii partem, si fruges mutuae datae fuerunt, pro unoquoque modio per integrum annum*

96) In der Vulgata heißt es: *citra ullam exceptionem.*

percipiunt; sin autem pecunia credita sit, usurae nomine pro singulis solidis singulas siliquas annuas. Die *Nov.* 34. iſt des nämlichen Inhalts, und ſcheint, wie Cujaz[97]) mit Recht bemerkt, nur das lateiniſche Exemplar von jener *Nov.* 32. zu ſeyn. Die *Nov.* 33. wendet dieſe Verordnung blos auf Soldaten an, wenn ſie den Bauern Geld oder Getraide darleihen, welche ſich auch darnach richten ſollen. Man ſieht übrigens aus der Art, wie hier die Zinſen berechnet ſind, daß Juſtinian die eben bemerkte neue und erhöhete Beſtimmung der Centesima befolgt habe, welche auch in der *L.* 26. *Cod. h. t.* zum Grunde zu legen iſt, wie Cujaz[98]) und Leconte[99]) näher gezeigt haben. Dieſelbe Beſtimmung iſt, wie Godefroi[100]) bemerkt hat, auch vom Kr. Leo[1]) in ſeinen Novellen und in den Geſetzen der Weſtgothen[2]) angenommen.

In Anſehung des Heyrathsguts hatte auch Juſtinian noch eine wichtige Ausnahme von der Verord-

97) Exposit. Novellar. ad Nov. 34.

98) Observat. Lib. III. Cap. 35. und Exposit. Novellar. ad Nov. 32.

99) Lectionum subsecivar. Lib. II. cap. 2.

100) Commentar. ad L. 1. Cod. Theodos. de Usuris. Tom. I. pag. 271. edit. *Ritter.*

1) *Nov. LXXXIII.* Statuimus, ut aeris alieni usus ad usuras procedat, idque, quomodo veteribus legislatoribus placuit, *ad trientes centesimae* nempe, *quae quotannis in singulos solidos singulas foeneratoribus siliquas pariunt.*

2) Lib. V. Tit. 6. L. 8. bey Georgisch in Corp. iuris germ. ant. pag. 2002.

nung der *L. 26. C. de Usur.* gemacht. Hier ſollen nur vier Procent gefordert werden können, 1) wenn Jemand eine verſprochene Mitgabe nicht binnen zwey Jahren nach vollzogener Ehe ausbezahlt [3]; und 2) wenn der Ehemann nach getrennter Ehe das Heyrathsgut nicht in der geſetzlich beſtimmten Zeit zurückgiebt [4].

B. Teutſches Recht.

Das Anſehen des kanoniſchen Rechts in Teutſchland hatte zwar Anfangs die allgemeine Meinung begründet, daß den Mitgliedern der chriſtlichen Kirche das zinsbare Verleihen der Gelder Sünde ſey [5]. Man erlaubte daher in den frühern teutſchen Reichsgeſetzen, welche von wucherlichen Contracten handeln, die Zinſen nur in den Fällen, wo ſie auch das kanoniſche Recht erlaubte, und ſetzte ſowohl bey wiederkäuflichen Gülten, als bey dem Interesse morae die Größe derſelben auf fünf von Hundert.

Die Reichspoliceyordnungen von 1530. Art. 26. §. 8. von 1548. Art. 17. §. 8. und von J. 1577. Art. 17. §. 9. reden blos von wiederkäuflichen Gülten. Sie verordnen gleichlautend:

„Nachdem die Wiederkaufsgülten allenthalben in Landen gemein ſeynd; ſo ſollen mit hundert Gülden Hauptgelds nicht mehr dann fünf Gülden jähr-

3) *L. ult. §. 2. Cod. de iure dot.*

4) *L. un. §. 7. Cod. de rei ux. act.* S. Noodt de foen. et usur. Lib. II. c. 14. in fin.

5) S. Ernſt. Ferd. Klein's merkwürdige Rechtsſprüche der Halliſchen Juriſten-Facultät. 4. Band, Nr. XIII. S. 193. ff.

licher Gülten, wie gebräuchlich, gekauft, gegeben und genommen werden" [6]).

Der Abschied des Deputationstages zu Speyer von J. 1600. [7]) §. 139. hingegen bestimmt die Größe der Verzugszinsen, und enthält folgende Verordnung:

„So ordnen und wollen wir nochmals, daß solch interesse a tempore moraе erstattet, und derentwegen den Creditoren fünf Gülden von Hundert bezahlt werden, oder aber, da dem Creditori solch fünf Gülden nicht annehmlich, sondern er vermeynen wollte tam ex lucro cessante, quam damno emergente ein mehreres zu fordern, daß ihm alsdann sein ganz Interesse zu beduciren, gebührlich zu liquidiren und zu bescheinen, und der richterlichen Erkenntniß darüber zu gewarten unbenommen seyn soll."

Nur den teutschen Schutzjuden erlaubte man zinsbare Darlehen zu geben, doch auch nicht höher als zu fünf Procent. In der Reichspolicеyordnung zu Frankfurt 1577. Tit. 20. §. 6. heißt es:

„Damit aber die Juden ihre Leibsnahrung haben mögen, so soll ihnen nicht mehr dann Fünff von Hundert zum Wucher zu nehmen, erlaubt seyn [8]).

So war es auch noch zur Zeit der Kirchenreformation in Teutschland, und die Protestanten hatten in Ansehung der Unzulässigkeit der zinsbaren Darlehen mit den

6) Neue Sammlung der Reichsabschiede. Th. 2. S. 342. und S. 597. 3. Th. S. 387.

7) Neue Samml. der R. A. 3. Th. S. 494.

8) Samml. der R. Absch. Th. 3. S. 390.

Katholiken gleiche Grundsätze [9]). Diese änderten sich erst im 17. Jahrhundert. Die weitere Ausbreitung der protestantischen Religion, und das durch sie gesunkene Ansehen der Kirchenväter mochte allerdings dazu das Meiste beygetragen haben, daß das Verbot des Canonischen Rechts in der Folge nicht mehr so streng beachtet wurde; aber auch die Nothwendigkeit, zur Erhaltung des Gewerbes, den christlichen Unterthanen der teutschen Länder das zinsbare Darlehngeben zu verstatten, ward desto dringender, je allgemeiner der Geldmangel, und je dringender die Nothwendigkeit wurde, zinsbare Gelder aufzunehmen. Daher wurden hin und wieder in den statutarischen Gesetzen protestantischer Länder den Unterthanen die verzinslichen Darlehen erlaubt. Diese teutschen statutarischen Gesetzgebungen vermehrten sich besonders seit der Abschliessung des Westphälischen Friedens. Man sahe nun aber auch von Reichswegen die Nothwendigkeit ein, den durch den dreyßigjährigen Krieg verarmten, oder auch durch zu hohe Anschwellung der Zinsen ins Verderben gekommenen Schuldnern durch Erleichterungsmittel zu Hülfe zu kommen. So trat dann, nachdem man darüber sowohl von dem Reichs-Hofrathe, als dem Kaiserlichen Kammergerichte ausführliche Gutachten eingehohlt hatte, die allgemeine Reichsgesetzgebung ins Mittel, welche in dem jüngsten Reichsabschiede vom J. 1654. §. 174. Folgendes verordnet:

9) S. Luthers Werke nach der jenaischen Ausgabe Th. VII. S. 405. und *Mart.* Colerus de processib. executiv. P. I. Cap. 10. Nr. 98.

„Anreichend die künftige Zinß und Interesse, sollen von nun an dieselbe, sie seyen aus wiederkäuflichen Zinsen, oder vorgestreckten Anlehn herrührig und versprochen, jedoch nach Ausweisung der Reichs-Constitutionen, und weiter nicht als fünf pro Cento alle und jede Jahren, in verglichenen Terminen unfehlbar bezahlet, und im Fall des Saumsals auf bloße Vorzeigung der Obligation per paratam executionem wider den Schuldiger verfahren werden.“ u. s. w. [10]).

Nach dieser allgemeinen Vorschrift sind nun also durchgängig nur 5 Procent als ordentliche Zinsen erlaubt, und es kommt so wenig auf den in dem Römischen Recht berücksichtigten Unterschied des Standes, als auf den Unterschied der Religion des Gläubigers an. Mehrere Rechtsgelehrten [11]) sind zwar der Meinung, daß diese Anordnung nur allein auf die während dem dreyßigjährigen Kriege verarmten Schuldner, für welche sie gemacht worden, zu beschränken, keinesweges aber die Meinung der Gesetzgeber gewesen sey, eine beständige Grenzbestimmung der Zinsen auch für alle in Zukunft

10) S. neue Sammlung der R. Abschiede. 3. Th. S. 673.

11) von Maiern Gedanken über die Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers. Hannover 1732. 4. Desselben Antwort auf die sogenannte Refutation der Meierischen Gedanken. Hannover 1734. Desselben Anhang zur Antwort. 1735. 4. Gottl. Hufeland Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften 1. St. Nr. II. Hugo civilist. Magazin. 2. Band Nr. VII. S. 196—204. Danz Handbuch des teutschen Privatrechts. 2. Band. §. 204. Thibaut System des Pand. Rechts 1. B. §. 282.

auszuleihende Capitalien festzusetzen. Schon gleich die Anfangsworte des §. 170. sagt man, geben dieses deutlich zu erkennen, welche so lauten:

„Nachdem auch in dem Friedensschluß §. De indaganda etc. [12]) versehen, daß bey gegenwärtigem Reichs-Tag auf billige Wege und Mittel gedacht werden sollte, wie denjenigen Schuldnern, welche durch den Krieg, oder auch durch allzugroße Aufschwellung der Zinsen und Interesse ins Verderben kommen, dergestalt geholfen würde, damit aus denen zwischen ihnen und den Gläubigern einkommenen Klagen und Strittigkeiten nicht neue gefährliche Unruhe und Weiterung im Reich entstehen möchten [13]).“ u. s. w.

Da also dieser neueste Reichsabschied nur als ein Zeitgesetz den Schuldnern, welche durch den dreyßigjährigen Krieg zurückgekommen waren, zu Statten kommen sollte, so könne es jetzt nicht mehr zur Norm dienen, sondern nun müsse die Vorschrift des subsidiarischen Rechts an dessen Stelle treten. Wenn nun aber die Frage entsteht, welches von den fremden Hülfsrechten hier nun eigentlich das als Norm zu befolgende gemeine Recht sey, das Römische oder das Canonische? so theilen sich wieder die Meinungen dieser Rechtsgelehrten. Einige [14]) meinen, daß ausser den Fällen, wo die teutschen Reichsgesetze eine immerwährende Bestimmung enthalten,

12) *Instr. Pac. Osnabr. Art. VIII.* §. 5.

13) Samml. der R. A. a. a. O. S. 671. f.

14) S. Ehrhaut civilistische Abhandlungen. Nr. VII. S. 122. ff.

nämlich für den Kauf jährlicher Renten, und für die Verzugszinsen aus einem Darlehn, es beym Canonischen Recht bleiben müsse, welches die Zinsen verbietet. Denn für die Lehre von Zinsen wäre einmal das Römische Recht durch das Canonische, und selbst durch die alte Reichspraxis aufgehoben; es müßten also die neuern Vorschriften der Reichsgesetze als das einzige für die Lehre von Zinsen geltende Gesetz behandelt werden. Andere hingegen, an deren Spitze von Meiern steht, und deren Meinung zuletzt an Hufeland einen vorzüglichen Vertheidiger gefunden hat, stellen den Satz auf, daß weil die Reichsgesetze entweder über ganz andere Geschäfte, oder nur für Zeitumstände disponirt hätten, jetzt nur das Römische Recht in dieser Lehre gemeines Recht in Teutschland sey, welches jeden Gläubiger in der Regel erlaube, sich sechs Procent versprechen zu lassen. Allein beyde Meinungen widersprechen der Praxis, welche nun fast überall angenommen hat, daß durch die teutschen Reichsgesetze der gemeine Maasstab der Zinsen auf fünf Procent gesetzt sey. Mag also auch die Absicht des neuesten Reichsabschiedes gewesen seyn, nur eine Anordnung für die während dem dreyßigjährigen Kriege verarmten Schuldner zu ihrer Erleichterung zu machen; so lehrt es doch die Geschichte, daß seit dem Jahre 1654. nicht nur die höchsten Reichsgerichte, sowohl in Sachen der Katholiken als Protestanten christliche zinsbare Darlehen für zuläßig erklärt haben, sondern daß auch in den teutschen Provinzial-Gerichten unbedenklich darauf gesprochen worden sey. Indessen blieb man dem Grundsatz getreu, daß der Darleiher, ohne Unterschied seines Standes und Religion, nicht mehr als fünf von Hundert sich versprechen lassen dürfe. Denn da auch die ältern

teutſchen Reichsgeſetze nicht mehr, als fünf Procent billigten, welche doch ſchon vor dem dreyßigjährigen Kriege gegeben worden ſind; ſo war der neueſte Reichsabſchied mit Recht als eine bloße Beſtätigung der ſchon vorhin beſtandenen allgemeinen Regel anzuſehen, vermöge welcher Zinſen nur zu fünf von Hundert genommen werden ſollen, wie ſchon von andern [15]) zur Genüge dargethan worden iſt. Durch die Vorſchrift der teutſchen Reichsgeſetze iſt alſo das Canoniſche Recht unſtreitig aufgehoben, aber auch dadurch dem Römiſchen Rechte derogirt worden. Da alſo nach einem unbezweifelten Gewohnheitsrecht in Teutſchland fünf Procent als der gemeinrechtliche Zinsfuß zu betrachten iſt; ſo werden ſolche unbedenklich heutzutage

1) auch in den Fällen zugebilliget, wo das Römiſche Recht nur vier Procent erlaubte, wie z. B. beym Brautſchatz und bey den Bauern [16]).

2) Wenn von Verzugszinſen die Rede iſt, ſo kann der Gläubiger auch mehr, als fünf Procent fordern, wenn er ein höheres Intereſſe zu erweiſen im Stande iſt [17]). Ob aber

3) in den Fällen, wo die römiſchen Geſetze durch ſingulare Vorſchriften zwölf Procent zu nehmen erlauben,

15) S. Gerſtlachers Handbuch der teutſchen Reichsgeſetze. 10. B. S. 2119. Weber's ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 65. Not. 3. S. 234. Tittmanns Handbuch des gemeinen teutſchen peinl. Rechts. 3. Th. §. 553. vorzüglich Ernſt Ferd. Kleins merkwürdige Rechtsſprüche der Halliſchen Juriſten-Facultät. 4. Band Nr. XIII. S. 188—208.

16) S. Müller Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. II. Obs. 543. in fin.

17) Reichsdep. Abſchied zu Speier vom Jahre 1600.

ſolches noch heut zu Tage als ein beſonderes Recht gelte, iſt ſtreitig. Mehrere [18]) tragen kein Bedenken dieſe Frage zu bejahen, weil die Reichsgeſetze nicht die entfernteſte Andeutung enthalten, daß die in dem Römiſchen Recht enthaltenen Ausnahmen aufgehoben ſeyn ſollen; es trete alſo hier die Regel ein, daß das neuere allgemeine Geſetz die Ausnahmen des ältern Rechts nicht aufhebe, wenn deren in dem neuen Geſetz keine beſondere Erwähnung geſchehen iſt. Andere [19]) hingegen behaupten das gerade Gegentheil auch für die Fälle, wo der Schuldner wegen rechtswidriger Verwendung fremder Gelder in ſeinen Nutzen hart behandelt zu werden verdient. Denn das Römiſche Recht war durch das Canoniſche Recht

18) L. B. *a* Wernher Select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 316. *Jo.* Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 105. a Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLIV. med. 7. *Rud. Christoph.* Henne Commentat. de usurarum centesimarum usu hodierno in casibus iure Rom. expressis. *Erfordiae* 1742. 4. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 1836.

19) *Ben.* Carpzov Iurispr. for. P. II. Const. 30. Def. 3. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 13. Struben rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 123. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 23. *Jo. Justin.* Schierschmid Pr. de usuris ultra quincunces licet promissis non exigendis. *Erlangae* 1764. *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. Quaestion. for. Vol. VI. Obs. 718. *Jos. Maria* Schneidt Diss. sist. specim. arithmeticae sublim. et polit. ad materiam de usuris etc. §. 30. Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Bem. 106. *Jo. Ern. Just.* Müller Observat. pract. ad *Leyserum.* Tom. III. Fasc. I. Obs. 438. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 196.

ganz und gar, mithin auch in den ausgenommenen Fällen, vernichtet. Nun verbieten die teutschen Reichsgesetze Zinsen über fünf Procent. Es läßt sich also nicht behaupten, daß das ganz vernichtete Römische Recht dadurch, daß die teutschen Reichsgesetze eine andere Regel an dessen Stelle gesetzt haben, in den ausgenommenen Fällen wieder aufgelebt sey. Daher können auch Kaufleute nicht über fünf von Hundert nehmen [20]). Diese Meinung ist allerdings viel consequenter, als die erste. Jedoch nimmt man nicht ohne Grund das foenus nauticum aus, weil dabey nicht von reinen Zinsen die Rede ist, mithin die Zinsverbote, als solche, nicht darauf einwirken können [21]).

4) Hält man sich an die Vorschrift der teutschen Reichsgesetze, so dürfen sechs Procent, wenn sie gleich stipulirt worden sind, dem Gläubiger nicht zuerkannt werden, wofern solche nicht etwa die Landesgesetze erlauben [22]).

§. 1134.

Usurae ultra alterum tantum.

Nach dem Römischen Rechte dürfen ferner

II. die Zinsen auch nicht über die Summe des Capitals gefordert werden. Man nennt solche Zinsen,

20) Carpzov P. II. Const. 30. Def. 2.

21) Stryk c. l. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 282.

22) Runde Grundsätze des teutschen Privatrechts §. 205. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 2. Band. §. 205.

welche die Quantität des Hauptſtammes überſchreiten. *Usurae ultra alterum tantum* [23]). Sie werden auch *usurae supra duplum* [24]), oder *ultra duplum* [25]) genennt, wo denn unter den duplum das Capital mit begriffen iſt [26]). Nach den Geſetzen der Pandecten waren dieſe Zinſen ſchlechterdings unerlaubt, auch wenn ſie ſchon bezahlt waren, wie aus folgenden Stellen erhellet.

L. 26. §. 1. *D. de condict. indeb.* Ulpianus *Libro XXVI. ad Edictum.* Supra duplum autem usurae, et usurarum usurae, nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt: *et solutae repetuntur*: quemadmodum futurarum usurarum usuraé.

L. 9. *pr. D. h. t.* Papinianus *libro XI. Responsorum.* Pecuniae foenebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum, *in altero tanto* supra modum legitimae usurae respondi non tenere.

23) *L.* 9. *pr. D. h.* t. *Jo. Pet. de* Ludewig Differentiae iuris Rom. et Germ. in Usuris praecipue ultra alterum tantum. *Halae* 1740. *J. G.* Langsdorf Abh. von den Usuris ultra alterum tantum. Mannheim 1778. und *Ger.* Bansa Diss. de usuris ultra alterum tantum secundum ius Rom. et Germ. *Goettingae* 1780.

24) *L.* 26. §. 1. *D. de condict. indeb.*

25) *L.* 4. §. 1. *D. de naut. foenore.*

26) Sidonius Apollinaris. *Lib. IV. Epist.* 24. Canta est foeneratori *centesima*, quae per bilustre producta tempus, *modum sortis ad duplum adduxit.* Unter *bilustre tempus* wird hier eine Zeit von 8 Jahren und 4 Monaten verſtanden. S. *Ger.* Noodt de foen. et usur. Lib. III. cap. 17.

L. 4. §. 1. D. de nautico foenore. PAPINIANUS *libro III. Responsorum.* Pro operis servi trajectitiae pecuniae gratia secuti, quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimae, *non ultra duplum* debetur.

Aus dieſer letztern Stelle haben einige Rechtsgelehrten [27]) beweiſen wollen, daß nicht einmal das foenus nauticum eine Ausnahme gemacht habe. Allein ſchon Cujaz [28]) hat ſehr richtig bemerkt, daß Zinſen, denen, wie nach Paulus [29]) den Seezinſen, keine gewiſſe Gränze nach dem Recht des damaligen Zeitalters geſetzt war, ſich auch nicht mit dem Duplum des Capitals haben endigen können. Es iſt hier von einer Stipulation die Rede, die erſt, nachdem die Gefahr der Seereiſe ſchon vorüber war, in Wirkſamkeit treten ſollte. Dieſe durfte weder die damals geſetzmäßige Größe der Centesima, noch die Summe des Capitals überſchreiten [30]), denn die Worte *non ultra duplum* ſind durch *nec* ultra duplum, wenn auch nicht gerade mit Gerhard Noodt [31]) zu emendiren, doch wenigſtens zu erklären.

Kr. Antoninus milderte zwar die Strenge des ältern Rechts, indem er verordnete, daß die bereits bezahlten Zinſen nicht auf das Duplum gerechnet werden ſollten, mithin auch über die Größe des Capitals ſollten

27) *Franc.* BALDUINUS in Iustiniano. Lib. I. pag. 70 (*edit.* 1596. 8.) und *Conr.* RITTERSHUSIUS in Iure Iustinianeo. P. III. Cap. IX. nr. 7. pag. 177.

28) Paratitl. ad Cod. Tit. de naut. foen.

29) *Recept. Sentent.* Lib. II. Tit. 14. §. 3.

30) S. CUJACIUS Observation. Lib. V. cap. 38.

31) De foen. et usuris. Lib. II. cap. 7. pag. 218.

laufen können, wie aus folgenden Worten ſeiner Conſtitution erhellet:

L. 10. *Cod. h. t.* Imp. Antoninus A. *Donato.* Usurae *per tempora solutae* non proficiunt reo *ad dupli computationem.* Tunc enim *ultra sortis summam* usurae non exiguntur, *quoties tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem.*

Das ältere Recht ſollte alſo bloß für die rückſtändigen Zinſen gelten. Allein Juſtinian ſtellte das ältere Recht wieder her, nach welchem auch ſchon bezahlte Zinſen die Summe des Capitals nicht überſchreiten ſollten, wie aus folgenden Conſtitutionen deſſelben hervorgeht.

L. 29. *Cod. eodem.* Usurae minutim et per intervallum solutae cum duplo compensantur, etiamsi non universae simul solutae fuerint.

L. 30. *eod.* Praesens constitutio declarat, usuras particulatim solutas, duplum debitae sortis non excedere.

Beyde Verordnungen ſind aus der *Synopsis* Βασιλικῶν reſtituirt, und ſtehen nicht in allen Ausgaben des Corpus iuris civ., ſondern nur bey Baudoza, Godefroi und Spangenberg. Die hier ſtehende lateiniſche Ueberſetzung iſt von Löwenklau (*Leunclavius*). Sie gehören alſo zu den ungloſſirten Geſetzen des Codex[32])

Wenn nun nach dem ältern Recht nur die noch unbezahlten Zinſen aufhörten, ſobald ſie dem Capital gleichſtanden; ſo ſollten nun auch die ſchon bezahlten Zinſen

32) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Priv. Rechts. §. 64. S. 272.

nicht über die Höhe des Capitals laufen, wie dieses Justinian in den Novellen durch Anwendung seiner Verordnungen auf die darin entschiedenen Fälle noch deutlicher bestimmt hat. Denn so sagt er in der Novelle CXXI. Kap. 2. Cum igitur leges nostrae nihil ultra duplum solvi velint, et in eo solum a prioribus differant, quod illae quidem debita usque ad duplum sistant, si nulla solutio facta sit, nos vero admittamus, *ut particulares etiam solutiones debita solvant, quae usque ad duplum fiant*; sancimus, ut secundum hoc computatio fiat, etc. Und in der Novelle CXXXVIII. heißt es: Manifestissima est nostri numinis constitutio, quae *usque ad dupli quantitatem* exactionem debiti concludit. Auch diese beyden Novellen sind ungloſſirt[33]). Man will zwar behaupten, Justinian habe in Ansehung der Städte eine Ausnahme gemacht[34]); allein aus der Novelle CLX. Kap. 1., worauf man sich beruft, erscheint dieses nicht, sondern Justinian sagt es ausdrücklich, sein Gesetz könne auf den ihm vorgelegten besondern Fall nicht einwirken. *Praesens vero casus*, so lauten die Worte nach der Hombergischen Uebersetzung, *illam non tangit, siquidem magis reditui annuo, quam solutioni usurarum similis est*[35])

Es entsteht nun die Frage, ob und wie fern die Verordnungen des römischen Rechts im Betreff der Zinsen ultra alterum tantum noch jetzt gelten? Hierüber

33) S. meine angef. Einleitung §. 64. S. 274.

34) Rittershusius in iure Iustinian. P. III. Cap. 9. nr. 19. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 197. der 2. Ausgabe.

35) S. Bansa cit. Diss. §. 8.

sind die heutigen Rechtsgelehrten sehr verschiedener Meinung. Einige[36]) wollen hier die Regel anwenden, das neuere Gesetz hebe das ältere auf; die Novelle 121. müsse also jetzt zur entscheidenden Norm dienen, da durch dieselbe die *L.* 10. *Cod. de Usur.* aufgehoben worden sey. Allein diese haben nicht erwogen, daß die von Justinian angeführten neuern Verordnungen ungloſſirt sind, und daher auf ein gesetzliches Ansehen in unsern Gerichten keinen Anspruch machen können[37]). Aus diesem Grunde halten daher andere[38]) dafür, die *L.* 10. *Cod.*

36) Mevius Tom. II. P. VII. Decis. 2. 3. et 4. Rittershusius Iur. Iustinian. P. III. Cap. 9. nr. 10. Struv Evolution. controversiar. Exercit. XXVII. Th. 52. Vers. *etiamsi.* pag 389. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLVIII. medit. 1. in fin. *Io. Frid.* Wernher Diss. de licita et illicita usurarum exactione. *Vitebergae* 1724. Cap. 1. §. 10. *God. Lud.* Mencken Diss. de Novellarum glossatarum et non glossatar. auctoritate iuris. § 19 in D. *Car. Frid.* Zepernick Delectu Scriptor. Novellas Iustiniani Imp. earumque historiam illustrant. *Halae* 1783. p. 335 sq. Walch Introduct. in controvers. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. I. Subs. I. § 18.

37) S. Zepernick cit. Delectu. pag. 331—333. Meine Einleit. in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 64. S. 269. ff.

38) Weber Versuche über das Civilrecht. Nr. I. §. 14. S. 48. und zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institut. §. 967. Not. *. und Not. 7. S. 1007. Dabelow Handbuch des heutigen gemein. Röm. Deutsch. Privatrechts. 1. Th. (Halle 1803.) §. 92. Not. 1. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 1858.

h. t. ſey jetzt als das neueſte noch geltende Recht anzuſehen, nach welchem alſo nur aufgelaufene noch rückſtändige Zinſen die Quantität des Hauptſtamms nicht überſchreiten dürften, und daher dem Gläubiger nur bis auf das alterum tantum zuerkannt werden könnten, für Zinſen hingegen, die in den geſetzten Terminen alle Jahre richtig bezahlt werden, ſey kein geſetzliches Verbot vorhanden. Noch giebt es Rechtsgelehrte[39], welche nach dem Geiſt der teutſchen Reichsgeſetze die usurae ultra alterum tantum für unbedingt erlaubt halten. Dieſe letztere Meinung iſt wohl der Theorie nach die conſequenteſte. Denn iſt für die Lehre von den Zinſen das Römiſche Recht durch das Canoniſche, und ſelbſt durch die alte Reichspraxis ganz und gar vernichtet, ſo müſſen die neuern Vorſchriften der Reichsgeſetze als das einzige, für

Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. Band. §. 359. Thibaut Syſt. des Pand. Rechts. 1. Band §. 284. der 4ten Ausg. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 197. der 2ten Ausgabe.

39) *Io. Pet. de* Ludewig Different. iur. Rom. et Germ. in Usuris praecipue ultra alterum tantum. Different. XI. Puffendorf Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 14. §. 3. *Io. Ulr. de* Cramer Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 23. §. 6. sq. Obs. 102. Obs. 256. §. 3. Schneidt Diss. sist. specim. arithmeticae sublimior. et polit. ad materiam de usuris. §. 33. Langsdorf Abh. von den usuris ultra alterum tantum, und deren Rechtmäßigkeit im deutſchen Reiche. §. 30. sqq. *Ger.* Bansa Diss. cit. de Usuris ultra alter. tant. §. 13. sqq. *Io. Ern. Iust.* Müller Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. I. Observ. 443. Höpfner Commentar über die Heineccischen Inſtitutionen. §. 967. S. 2006.

die Lehre von Zinsen geltende Recht behandelt werden[40]). Nun enthalten die teutschen Reichsgesetze von einem solchen Verbote, nach welchem die Zinsen nicht über die Summe des Capitals gefordert werden können, überall nichts, sie enthalten vielmehr bedeutende Gründe, aus denen man annehmen kann, daß nach dem Geiste derselben die Zinsen ohne Unterschied über die Höhe des Capitals laufen können, sie mögen schon bezahlt oder noch rückständig seyn. Erstens, aus dem §. 170. des neuesten Reichsabschiedes vom J. 1654. erhellet, daß man bey diesem Gesetz zum Hauptaugenmerk machte, durch gewisse §. 171 — 175. angegebene Milderungsmittel denjenigen Schuldnern zu Hülfe zu kommen, welche durch den dreyßigjährigen Krieg, oder auch durch allzugroße Aufschwellung der Zinsen und Interesse ins Verderben gekommen. Dieß war es, weshalb nach dem Befehl des auch in dem angeführten §. ausdrücklich bemerkten §. *de indaganda* des Westphälischen Friedens das Gutachten der Reichsgerichte abgefordert werden sollte, welches nachher vor den nächsten Reichstag zu bringen, und wornach dann eine Reichsconstitution abzufassen wäre[41]). Diese Con-

40) S. Thibaut. civilist. Abhandlungen. 7te Abh. S. 123. f.

41) Es ist sehr merkwürdig, daß in dem Gutachten des Reichs-Kammergerichts vom 7ten Dec. 1652. der Punct mit den Zinsen ultra alterum tantum zur Sprache kam. Es heißt nämlich darin: „Anlangend nun die Weiß, daß nämlich viel oder wenig an den verfallnen schuldigen Zinsen nachzulassen, und hingegen selbe den creditoribus contra fidem contractus, imo contra ius eiusdemve principia et praecepta abzusprechen, will uns, als die wir von Ew. Kais. Maj. und den gesammten des Heil. Reichs Ständen hierher zu der Justiz verordnet und be-

ſtitution iſt nun in den §§. 171. — 175. enthalten, und ſoll alſo nicht nur für die noch ſchuldigen Capitalien, ſondern auch für die Zinſen gelten. Soviel die Capitalien anlangt, heißt es §. 172. ſollen erſtlich dieſelbe einem jeden Creditor unverſehrt, und ohne einige Abkürzung richtig verbleiben, und hierwider keine Präſcription oder Verjährung wegen der bey währendem Krieg unterlaſſener Forderung der Zinſen oder Capital angezogen noch gelten. Sollen ſich alſo die Schuldner mit keiner Verjährung gegen die Forderungen der Gläubiger ſchützen dürfen, ſo ſetzt dieſes ja den Fall voraus, daß die Capitalien ſchon über dreyßig Jahre ſtehen müſſen. Nun ſetze man, die Zinſen wären auch nur zu fünf Procent bedungen geweſen; ſo ſtanden ſie ſchon in 26 Jahren den Capitalien gleich; demnach

eldiget worden, allzubart, auch der den Rechten ſubordinirten Aequität nicht ähnlich bedünken, wohlerwogen ꝛc. Daher wir zu Ergreifung eines ſolchen extremi, wodurch unzählbare Kirchen, Klöſter, Hoſpitalien, und andere geiſt- und weltliche Stiftungen zu Grunde gehen, und ſo viele unſchuldige nothleidende Perſonen in das äuſſerſte Verderben geſetzt würden, unſers wenigen Orts nicht einrathen, vielweniger das neulich von etlichen herfürgeſuchte, den bekannten Reichs-*Constitutionibus* und deren üblichen Obſervanz zuwiderlaufendes, ſowohl Capital als *Pensiones* höchſtſchädlicher Weiſe abſorbirende *alterum tantum* einiger Maßen gut heißen können, angeſehen daſſelbe den Creditoribus unverſehener Dingen viel Millionen nicht allein benehmen, ſondern auch eine verderbliche condictionem indebiti über den Hals ziehen würde. S. *de* Meiern Acta Comitialia Ratisbonensia Lib. III. §. 12. nr. 1.

ſollte der Zinſenlauf nicht aufhören, ſondern es ſollten die verfloſſenen und noch unbezahlten Zinſen, wie es §. 173. heißt, bis auf den fünften Theil gänzlich caſſirt und aufgehoben, die künftigen Zinſen und Intereſſe aber, jedoch nach Ausweiſung der Reichs-Conſtitutionen und weiter nicht als fünf pro Cento alle und jede Jahre, in verglichenen Terminen unfehlbar bezahlet werden, wie der §. 174. lautet. Hierzu kommt zweytens, daß nach Nro. 3. deſſelben §. wegen deſſen, was an Capital oder Zinſen allſchon bezahlt iſt, keine Zurückforderung oder Abkürzung Statt haben ſolle. Iſt nun von Capitalien die Rede, die ſchon über dreyßig Jahre ſtanden, ſo liegt ja hierin die deutliche Verordnung, daß Zinſen, welche zu 5 Procent ſchon in zwanzig Jahren das Duplum des Capitals ausmachten, auch über die Summe deſſelben ſollen laufen können. Wäre es nun nicht zur Erleichterung des Zuſtandes der Schuldner, worauf es doch bey dieſer neuen Reichsgeſetzgebung hauptſächlich angeſehen war, ein weit gelinderes Mittel geweſen, die Vorſchriften des Röm. Rechts von den usuris ultra alterum tantum in Anwendung bringen, wenn ſie in Teutſchland als gültig wären angenommen worden? Endlich heißt es noch §. 171. Setzen demnach, ordnen und wollen, daß erſtlich unter dieſe Satzung allein die durch den Krieg von Mitteln gekommene, oder durch hohe Aufwachſung der Penſionen und Zinſen beſchwerte Schuldiger gezogen werden; diejenige aber, bey welchen es ſolche Beſchaffenheit nicht hat, ſondern die ihren Creditoribus mit Reichung der Penſionen und Zinſen zuhalten können, ſowohl auch die, ſo zwar das Ihrige unter dem Kriegs-Weſen mit andern gelitten und beygetragen,

dennoch aber *solvendo* geblieben, und derowegen ihre Creditoren nach Inhalt deren von sich gegebenen, Obligationen zu befriedigen, von Rechtswegen verbunden, darunter im geringsten nicht begriffen seyn können oder sollen. Sollen nun diejenigen Schuldner, welchen die Wohlthat dieses Gesetzes nicht zu gute kommen soll, ihre Schulden ohne Abzug bezahlen, so kann ihnen ja wohl auch die Wohlthat des Römischen Rechts nicht zu statten kommen; oder sie wären, da die letztere Wohlthat viel vortheilhafter ist, als die Wohlthat des teutschen Reichsgesetzes, weit besser daran, als diejenigen Schuldner, für deren Erleichterung das Gesetz sorgen wollte. So wird man sich nun überzeugen, daß das vormalige Reichs-Kammergericht mit vollkommenem Grunde dem Gläubiger mit dem Kapital auch die Zinsen ultra alterum tantum zuerkannte.[42]). Eben so sprach auch die Erlanger Juristen-Fakultät im Jahr 1746.[43]). In der That machen auch diejenigen, welche in dieser Lehre dem römischen Rechte huldigen, so viele Ausnahmen, daß von der Regel fast nichts mehr übrig bleibt. Hellfeld giebt hier drey Ausnahmen an, 1) wenn eine Stadt die usurae ultra alterum tantum zu fordern hat; 2) wenn die Zinsen erst nach dem rechtskräftigen Urtheile über das alterum tantum angeschwollen sind; und 3) wenn die Zinsen nach geschehener Zahlung und Rück-

42) S. de Cramer Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 102. Lauterbach Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 26. in fin.

43) S. die Erlangischen Anzeigen auf das Jahr 1746. N. V. S. 45—48, wo das Urtheil des Hrn. Sonne abgedruckt ist.

zahlung die Natur eines Kapitals angenommen haben. Allein wollte man in dieser Lehre auch wirklich das Römische Recht zur Entscheidungsnorm annehmen, so würden die beyden ersten Ausnahmen zu verwerfen seyn. Denn die erste gründet sich auf die unglossirte Novelle 160. die nicht einmal von Zinsen, sondern von jährlichen Renten (annui reditus) spricht. Der zweyten Ausnahme steht die *L. 3. pr. Cod. de usuris rei iudicatae* entgegen, nach welcher die Zinsen nur bis zur Sentenz laufen, nach derselben aber innerhalb der Frist stille stehen, welche das Gesetz dem Verurtheilten zur Zahlung vergönnt, und dieß sind die von Justinian bestimmten quadrimestres induciae, ein Zeitraum von vier Monaten, nach dessen Verfluß nicht die alten Zinsen wieder zu laufen anfangen; nein; denn der erste Contract wird durch die actio iudicati novirt, also können die Zinsen aus demselben auch nicht ultra alterum tantum laufen; sondern ein neuer Zinsenlauf fängt an, nämlich *ex causa rei iudicatae*, und diese Zinsen, die wegen des Ungehorsams des Schuldners in Befolgung des rechtskräftigen Urtheils nach dem römischen Recht gefordert werden können, sind die usurae centesimae, welche aber nur von dem Kapital, und nicht von den Zinsen, in welche der Schuldner aus dem vorigen Contract verurtheilt worden ist, verlangt werden können. Die letzte Ausnahme aber kann gar nicht als eine Ausnahme von jener Regel angesehen werden, weil ja die Zinsen, wenn sie die Natur des Kapitals angenommen haben, nicht mehr als Zinsen betrachtet werden können.

Ausserdem ist es noch eine sehr gewöhnliche Ausnahme, wenn man sagt, das Verbot des Römischen Rechts gehe nicht auf den Fall, wenn der Gläubiger die

Zinsen als ein Interesse fordere, und im Falle des Verzugs des Schuldners beweisen könne, daß sein Interesse sich höher, als das doppelte, belaufe [44]). Allein nach dem Röm. Recht muß auch diese Ausnahme verworfen werden [45]), weil vermöge der ganz bestimmten Verordnung des Kaisers Justinian in der *L. un. Cod. de sentent. quae pro eo, quod interest, proferuntur* auch eine Interessenforderung nicht das alterum tantum übersteigen soll. Dahingegen würde sich die Meinung nach den teutschen Reichsgesetzen vollkommen rechtfertigen lassen, weil nach dem Abschiede des Deputationstages zu Speyer vom J. 1600. §. 139. dem Gläubiger, wenn er vermeinen sollte, tam ex lucro cessante quam damno emergente ein Mehreres zu fordern, als die in casu moræ festgesetzten fünf Procent, alsdann sein ganzes Interesse zu beduciren, gebührlich zu liquidiren und zu bescheinen, unbenommen seyn soll, ob es also das Kapital übersteigt oder nicht, darauf kommt nach dieser Verordnung gar nichts an [46]).

§. 1135.

Anatocismus.

Endlich verbietet das Römische Recht III. dem Gläubiger, Zinsen von Zinsen zu nehmen. Man nennt diese Zinsenvervielfältigung den *Anatocismus*,

44) Carpzov Respons. iur. Lib. IV. Resp. 50. nr. 8.

45) S. Mevius Decision. Tom. II. P. VII. Decis. 2. und Wernher Select. Observat. for. Tom. I. Part. III. Obs. I.

46) Noch mehrere Ausnahmen führt Thibaut in seinen System der Pand. 1r B. §. 284. an, welche er jedoch mit Recht verwirft.

und pflegt ihn in den verbundenen (*anatocismus conjunctus*) und den besondern (*separatus*) einzutheilen, je nachdem die Zinsen entweder zum Kapital hinzugerechnet, oder als ein neues besonderes Kapital dem Schuldner gelassen werden [47]).

Anfangs scheint nach dem prätorischen Recht der anatocismus nicht unerlaubt gewesen zu seyn, wenn usurae centesimae stipulirt worden waren, und der Schuldner damit ein ganzes Jahr in Rückstand blieb. Cicero schreibt wenigstens in seinen Briefen an den Atticus [48]), daß er selbst in seinem edicto tralatitio den anatocismus usurarum centesimarum anniversarius erlaubt habe. Allein er ward nachher vom Senat verboten. Auch Cicero [49]) spricht von einem darüber neuerlich gemachten Senatusconsult. Dieses Verbot ward auch durch die Verordnungen der Kaiser bestätiget, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 27. D. de re iudicata. Modestinus *lib. I. Responsor.* Praeses provinciae *usuras usurarum* condemnavit contra leges et sacras constitutiones;

47) *Ger.* Noodt de foen. et usur. Lib. II. cap. 11. *Henr. de* Cocceji de anatocismo. (*Exercitat.* Tom. I. Nr. 87.) *Io. Tob.* Carrach Diss. de anatocismo licito et illicito. *Halae* 1756. *Sam. Frid.* Willenberg Exercit. de anatocismo, in Ejus *Select. jurisprud. civ.* P. II. Exercit. XLVIII. Schneidt cit. Specim. Sect. II. §. 20—25. und Fr. Xav. Krüll Prüfung der Rechtlichkeit des Anatocism, oder der Zinsenvervielfältigung, in desselben Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts, 2s Bändchen. Landshut 1803. 8. Nr. III.

48) *Lib. V. Epist. ult. Lib. VI. Ep. 2.*

49) *Lib. V. ad Atticum Ep. ult.*

ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam iniustam Praesidis appellavit.

L. 26. §. 1. *D. de condict. indeb.* Ulpianus *lib. XXVI. ad Edictum.* Supra duplum autem usurae, et *usurarum usurae* nec in stipulationem deduci, nec exigi possunt, et solutae repetuntur, quemadmodum *futurarum usurarum usurae.*

Die Kaiser Diocletian und Maximian setzten sogar die Strafe der Infamie darauf.

L. 20. *Cod. Ex quib. caus. infamia irrogatur.* Improbum foenus exercentibus, et *usuras usurarum* illicite exigentibus, infamiae macula irroganda est.

Es scheint indessen vor Justinian der Anatocism noch nicht in seinem ganzen Umfange verboten gewesen zu seyn. Man sieht es wenigstens aus der neuern Verordnung dieses Kaisers, daß es nicht für unerlaubt müsse gehalten worden seyn, die gefälligen Zinsen mit Einwilligung des Schuldners in ein Kapital zu verwandeln, und sich davon neue Zinsen zahlen zu lassen. Man durfte nur die Zinsen nicht zum Kapital hinzurechnen [50]). Allein Justinian verbot den Anatocism durchaus in allen seinen Gattungen, wie folgende Verordnung lehrt.

L. 28. *Cod. h. t.* Iustinianus A. *Demostheni* P. P. Ut nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur, et veteribus quidem legibus constitutum fuerat, sed non perfectissime cautum. *Si enim usuras in sortem redigere fuerat concessum,*

50) S. Noodt. c. l. Tom. I. pag. 225.

et totius summae usuras stipulari: quae differentia erat debitoribus, a quibus revera usurarum usurae exigebantur? hoc certe erat non rebus, sed verbis, tantummodo legem ponere. Quapropter hac apertissima lege definimus, *nullo modo licere cuiquam usuras praeteriti temporis, vel futuri in sortem redigere, et earum iterum usuras stipulari.* Sed et si hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere, et nullum usurarum aliarum incrementum sentire: sorti autem antiquae tantummodo incrementum usurarum accedere.

Dieſes Verbot hat Juſtinian nochmals wiederholt in der *L. 3. Cod. de usuris rei iudicatae*, wo es heißt:

Sancimus, si quis condemnatus fuerint post datas a nobis quadrimestres inducias, centesimas quidem usuras secundum naturam iudicati eum compelli solvere, sed tantummodo sortis, et non usurarum, quae ex pristino contractu in condemnationem deductae sunt. *Cum enim iam constituimus, usurarum usuras penitus esse delendas, nullum casum relinquimus, ex quo huiusmodi machinatio possit induci.*

In den teutſchen Reichsgeſetzen werden zwar alle wucherliche Contracte verboten [51]); allein unter den mancherley Arten wucherlicher Contracte, welche in der Reichs-Polizey-Ordnung vom J. 1548. Tit. 17. und v. J. 1577. Tit. 17. §. 1—7. angeführt werden, geſchieht des Anatocism keine ausdrückliche Erwähnung.

51) Reichs-Abſch. v. J. 1500. Tit. 32. in der neuen Sammlung der Reichsabſchiede. 2r Th. S. 81.

Dennoch behauptet man durchgehends, daß der Anatocism auch in Teutschland verboten ſey [52]), und dieß lehrt auch die teutſche Gerichtspraxis [53]). Der Anatocism ſetzt jedoch voraus, daß 1) eben derſelbe Gläubiger, oder ein ſolcher, welcher mit demſelben juriſtiſch als eine Perſon angeſehen wird, ſich von demſelben Schuldner, mit dem er contrahirt hat, oder von demjenigen, der ganz an deſſen Stelle getreten iſt, die fälligen Zinſen wieder verzinſen läßt, und daß 2) nicht dieſe Zinſen durch deren Zahlung die Eigenſchaft der Zinſen verloren haben. Es iſt daher I) kein Anatocism vorhanden, wenn durch Novation die Perſon des Schuldners oder des Gläubigers geändert wird.

a) Die Perſon des Schuldners wird durch Novation geändert

1) wenn der Schuldner dem Gläubiger ſeinen Schuldner, welcher gerade ſoviel ſchuldig iſt, als Kapital und Zinſen betragen, delegirt. Läßt nun der Gläubiger das Kapital bey dem delegirten Schuldner ſtehen, welcher die Schuld als Expromiſſor übernommen hat; ſo

52) Mevius Tom. I. P. IV. Decis. 213. Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 64. Böhmer Consultat. et Decis. Tom. II. P. II. Decis. 442. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 18. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 27. von Quiſtorp Grundſ. des teutſchen peinl. Rechts. 1. Th. §. 444. Tittmanns Handbuch des gemeinen teutſchen peinlichen Rechts 3r Th. §. 555.

53) Richter Decis. LXXIV. nr. 82. Carpzov P. II. Const. 30. Def. 33. Klock Consil. Tom. III. Cons. CXXXI. nr. 59. Berlich Decision. aureae. P. II. Decis. 268. de Cramer Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 152. und Carrach cit. Diss. §. 6. Not. 20.

kann es ja wohl dem letztern gleich viel seyn, ob er die Zinsen nun dem Delegatar, oder dem Delegirenden bezahlt [54]). Das Gegentheil behaupten zwar mehrere [55]) aus dem Grunde, weil der Gläubiger sein Recht, was ihm vermöge der Delegation gegen den delegirten Schuldner zusteht, von dem delegirenden Schuldner erworben hat, an dessen Stelle der Delegirte gesetzt worden sey [56]), so wenig also der Delegirende von seinem nun delegirten Schuldner oder dem Expromissor Zinsen von Zinsen nehmen durfte, eben so wenig könne dieses Recht auch dem Delegatar zustehen. Denn Niemand könne mehr Recht auf den Andern übertragen, als er selbst hatte. Allein man hat nicht bedacht, daß durch die Delegation die alte Schuldverbindlichkeit ganz aufgehoben wird, und ein ganz neues Schuldverhältniß eintritt [57]).

2) Wenn ein Vormund, oder sonst ein Verwalter fremder Güter Zinsen zu erheben versäumt, oder erhobene Zinsen in seinen Nutzen verwendet hat. Ein solcher wird mit Recht von den Gesetzen zur Verzinsung dieser Gelder verbindlich gemacht [58]). Man rechnet hierher auch den

54) S. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentation. in Pand. h. t. §. 7. und Ernst Christ. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts 1. B. h. t. §. 5. S. 111.

55) Cocceji iur. civ. contov. h. t. Qu. 11. Nr. V. und Carrach Diss. de anatocismo licito et illicito. §. 24.

56) *L.* 11. *D. de novation.*

57) *L.* 1. *pr. L.* 12. *L* 18. *L.* 19. *D. de novationib.* de Cramer Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 873.

58) *L.* 7. §. 12. *L.* 68. §. 1. *et* 4. *D. de administrat. et peric. tutor. L.* 10. §. 3. *D. Mandati.* Ferner De-

Fall, wenn der Vormund selbst, aber nicht als solcher, dem Mündel Zinsen schuldig ist, z. B. weil er Pupillengelder mit Genehmigung des Mitvormundes geborgt hat [59]), oder Schuldner eines Dritten war, den sein Mündel beerbt hat, und er von diesen Zinsen als Vormund Zinsen zahlen muß, weil er in der Eigenschaft des Vormundes gegen sich selbst, als Schuldner, in Rücksicht der Bezahlung der Zinsen nachläßig war [60]). Denn der Vormund stellt hier eine doppelte Person vor, die Person des Vormundes und die des Schuldners. So wie es nun Pflicht des Vormundes ist, die Zinsen von andern Schuldnern des Pupillen beyzutreiben, und die Gelder zum Nutzen des Pupillen anzulegen; so liegt ihm,

cision. P. II. Decis. 268. nr. 20. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 28. Carrach Diss. de anatocismo licito. §. 15. et §. 16. Tittmann Handbuch des peinl. Rechts. 3. B. §. 555.

59) *L.* 54. *D. de administr. et peric. tutor.*

60) Berlich Decision. P. II. Decis. 268. nr. 19. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 20. Wernher Select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 397. Müller ad Struvium Tom. II. Exercit. XXVII. Th. 51. lit. d. *Tob. Jac.* Reinharth Diss. de usuris usurarum licitis. §. 14. sq. Carrach Diss. de anatocismo licito et illicito. §. 14. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. nr. VI. *Car. Frid. Adolph* Weber Diss. de praerogativa minorum quoad usuras ex mora illis praestandas competente. *Jenae* 1784. §. 14. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 285. Anderer Meinung ist Walch Introduct. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 24. mit den daselbst angeführten Rechtsgelehrten nach der neuesten Ausgabe *Jenae* 1810. Tom. I. Fasc. I. pag. 142.

als Vormund, auch dieſe Verbindlichkeit gegen ſich ſelbſt ob, wenn er Schuldner des Pupillen iſt [61]).

b) Die Perſon des Gläubigers wird geändert, wenn ein Dritter die ganze Schuld an Kapital und Zinſen für den Schuldner, als deſſen Mandatar oder negotiorum gestor, oder Bürge bezahlt [62]). Es tritt hier die Parömie ein, Schuld zahlen macht Hauptgelb [63]). Keinesweges aber iſt der Fall hierher zu rechnen, wenn der Gläubiger ſeine Forderung an Kapital und Zinſen einem Andern cedirt, weil der Ceſſionar an die Stelle des Cedenten tritt, und mit ihm juriſtiſch als eine Perſon angeſehen wird [64]). Auch gehört der Fall nicht hierher, wenn ein jüngerer hypothekariſcher Gläubiger, um ſeine Forderung zu ſichern, einen ihm vorgehenden Gläubiger abgefunden hat; hier kann er bloß das wieder fordern, was er an Kapital und Zinſen bezahlt hat, nicht

61) *L.* 9. §. 3. 4. *et* 5. *D. de administr. et peric. tutor.*

62) Arg. *L.* 12. §. 9. *D. Mandati. L.* 37. *D. h. t.* Voet c. l. Mevius Tom. II. P. VI. Decis. 328. P. VIII. Decis. 249. Wernher Select. Observat. for. Tom. III. P. II. Obs. 493. Struben rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 56. Carrach Diss. cit. §. 11. Tittmann Handbuch des peinl. Rechts. 3. Th. §. 555. S. 530.

63) *Jo. Nic.* Hertius de paroemiis iuris germ. Lib. I. Paroem. 57. in Ejus Commentat. et Opusculis Vol. I. Tom. III. pag. 504.

64) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 28. in fin. Cramer Observat. iuris Tom. IV. Obs. 1239. de Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. Nr. IV. Carrach cit. Diss. §. 26. Anderer Meinung iſt jedoch Berlich Decis. P. II. Decis. 268. in fin. pag. 962.

Zinsen von Zinsen [65]). Denn er zahlte hier nicht aus Gefälligkeit gegen den Schuldner, sondern zu seinem eigenen Vortheil. *Non enim negotium alterius gessit*, so schreibt Papinian im dritten Buch seiner Rechtsgutachten, *sed magis suum.* Ueberdem ist hier der eintretende Gläubiger nichts andres als ein Cessionar. Dieser hat aber nicht mehr Rechte, als der Cedent hatte [66]).

II. Es kann nicht als ein eigentlicher Anatocism angesehen werden, wenn die bereits gezahlten Zinsen dem Schuldner sofort wieder als Kapital zurückgeliehen werden, weil die Zinsen mit der Zahlung die Eigenschaft der Zinsen verloren haben [67]). Es darf nur aber freylich hierbey nicht zur Hintergehung des Gesetzes gehandelt worden seyn. Man behauptet sogar, nach dem gemeinen Gerichtsgebrauche komme es jetzt auch nicht einmal mehr darauf an, daß die Zinsen gerade gezahlt seyn müßten, um sie dem Schuldner auf sein Verlangen wieder als Kapital zurückzuleihen [68]). Denn warum sollten die auch

65) *L.* 12. §. 6. *D. Qui potior. in pign. L.* 22. *Cod. de pignor.* Voet c. l. *de* Cocceji c. l. nr. VII. Carrach cit. Diss. §. 26.

66) S. Westphals Erläuterung der Röm. Gesetze vom Pfandrecht. §. 179. Not. 198.

67) *Henr.* Cocceji Diss. de anatocismo Sect. II. §. 3—5. *de* Cramer Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 432. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 28. Carrach cit. Diss. §. 9. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 285. Tittmann Handbuch des teutschen peinl. 3. Th. §. 555. S. 529. f.

68) Mevius Tom. I. P. IV. Decis. 213. Berlich Decision. P. II. Decis. 268. nr. 8. Böhmer Consultat. et Decision. Tom. II. P. I. Decis. 442. nr. 8.

nicht bezahlten Zinsen, welche aber doch verfallen waren, nicht als brevi manu bezahlt angesehen, und dem Schuldner sofort wieder als ein neues verzinsliches Kapital überlassen werden können? Es muß nur nicht etwa der Gläubiger dem Schuldner, wenn er die Zinsen nicht sogleich mit dem Tage bezahlen kann, dieselben sofort als ein neues, verzinsliches Kapital aufbürden. Denn dieses würde unbillig und den Gesetzen zuwider seyn. Nur in diesem Fall kann man die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten[69]) gelten lassen, welche es schlechterdings für nöthig halten wollen, daß die Zinsen bezahlt seyn müßten, wenn sie wieder zu einem Kapital gemacht werden sollen[70]).

Da übrigens das Verbot des Anatocism auf der Nothwendigkeit beruht, indem sich die Zinskapitale bey der steigenden Schwierigkeit, die Zinsen zu berichtigen, in das Unendliche vermehren würden; so kann es nicht darauf ankommen, ob die Zinsen mit Bewilligung des Schuldners, oder von dem Gläubiger eigenmächtig zum Kapital geschlagen werden[71]). Es ist auch von diesem Verbote sowenig in Ansehung der Kaufleute und Ju-

69) Schneidt Diss. sist. specimen arithmeticae sublimior. et politicae ad materiam de usuris §. 22. not. b. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 2. Th. 3. Kap. §. 21. nr. 6. S. 1075. und Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 64.

70) Cramer Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 432.

71) Littmann Handb. des P. Rechts. 3. Th. §. 555. S. 529. Willenberg Exerc. de anatocismo §. 16. et 17. in *Select. iurisprud. civ.* P. II. Exercit. XLVIII. pag. 717.

den [72]), als in Ansehung des Fiskus und der Städte eine gegründete Ausnahme zu machen [73]). Doch behaupten viele [74]), wenn der Gläubiger dem Schuldner einen beträchtlichen Theil der Zinsen erläßt, so könne er den Ueberrest zum Hauptstamm schlagen, ohne sich eines Anatocism schuldig zu machen; es sind aber auch hierin nicht alle Rechtsgelehrten [75]) einverstanden. Da überhaupt die Meinungen der Rechtsgelehrten in dieser Lehre so verschieden sind, und einige [76]) die Zinsenvervielfältigung nur in sofern für unerlaubt halten wollen, als sie auf wucherliche, den gemeinen Gebrauch einer dargeliehenen Summe weit übersteigende, Zinsen berechnet ist [77]); so

72) Carrach cit. Diss. §. 21. et 22. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bav. civ. 2. Th. 3. Kap. §. 21. Nr. 6. S. 1076. Anderer Meinung ist jedoch Berlich c. l. nr. 26.

73) Anderer Meinung sind jedoch Carrach Diss. cit. §. 18. und Hofacker Princ. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1840.

74) Berger Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 8. Th. 10. not. 9. Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 6. Carrach Diss. cit. §. 10.

75) Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. und Brunnemann Decision. Centur. IV. Decis. 13.

76) S. Krüll's oben angeführte Prüfung der Rechtlichkeit des Anatocism. §. 24. in desselben Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts. 2. Bändchen. S. 115. f.

77) Hierauf scheint auch nur die teutsche Reichsgesetzgebung hinzudeuten, wenn es in der Reichs-Policey-Ordn. v. J. 1530. Tit. 26. von wucherlichen Contracten §. 1. am E. heißt: „Desgleichen etliche seyn sollen, die um ein klein Versäumniß der Zeit, so sie der Bezahlung zu thun ansetzen, ein übermäßiges Interesse fordern, und

ist es wohl nicht Unrecht, wenn man annimmt, daß eigentlich die Beschaffenheit des Kreditverhältnisses nur die Anwendbarkeit des gesetzlichen Verbots bestimmen könne, und daher bey Beantwortung der Frage, wie weit das Nehmen der Zinsen von Zinsen für erlaubt zu halten sey, das Meiste dem Ermessen eines vernünftigen Richters überlassen bleibe [78]).

§. 1136.

Folgen unrechtmäßiger Zinsen. Strafen des Zinswuchers.

Sind Zinsen, welche die Gesetze verbieten, von dem Gläubiger widerrechtlich angenommen worden, so können die rechtlichen Folgen des unerlaubten Zinswuchers von zweyerley Art seyn.

I) Civilrechtliche. Diese betreffen entweder

1) die Entschädigung des Schuldners, und diesem geben die Gesetze folgende Mittel an die Hand, um zu seiner Entschädigung zu gelangen. Der Schuldner kann nämlich

a) wenn das Kapital noch nicht bezahlt ist, die unrechtmäßigen Zinsen in den Hauptstamm einrechnen, und davon abziehen. Ganz bestimmt ist die Verordnung des Kaisers Justinian *L.* 26. §. 1. *Cod. h. t.* Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit consti-

mit der Hauptsumme steigen, und dieselbige umschlagen." Dieses ist in den nachfolgenden reformirten Policeyordnungen vom J. 1548. Tit. 17. §. 1. und vom J. 1577. Tit. 17. §. 1. wörtlich wiederholt.

78) S. Tittmann's angef. Handbuch des P. R. 3. Th. §. 555. S. 529. und Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. XXV. S. 403.

tutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem, sed et si acceperit, *in sortem hoc imputare compelletur.* Wenn nun aber die Frage entſteht, wie dieſe Einrechnung geſchehe, ſo ſind die Rechtsgelehrten hierüber nicht einerley Meinung. Leyſer [79]) giebt zwey Berechnungsarten an. Erſtens wenn dasjenige, was übermäßig und geſetzwidrig an Zinſen gezahlt worden, in jedem Jahre vom Kapital abgezogen, und ſo der Hauptſtamm durch dieſes Uebermaas der Zinſen mit jedem Jahre verkleinert wird. Zweytens wenn das Kapital bis zu deſſen Heimzahlung unvermindert bleibt, und dann die bezahlten übermäßigen Zinſen in einer Summe und auf einmal vom Kapital abgezogen werden. Daß beyde Berechnungsarten von einander ſehr verſchieden ſind, und erſtere dem Gläubiger weit beſchwerlicher, als die letztere ſey, leuchtet in die Augen. Denn bey der erſten Berechnung kann durch die übermäßigen Zinſen das ganze Kapital zuletzt erſchöpft werden, welches hingegen bey der letzten Berechnung nicht leicht der Fall ſeyn wird. Nach Leyſers Meinung ſoll nun die erſtere Berechnungsart alsdann Statt haben, wenn der Gläubiger das Kapital klagend zurückfordert, und ihm dann die Einrede der übermäßig bezahlten Zinſen entgegengeſetzt wird; die letztere aber ſoll dann Statt finden, wenn der Schuldner, nachdem ſchon das Kapital bezahlt iſt, dasjenige, was er über das geſetzliche Zinſenmaas bezahlt hat, mit einer Condiction zurückfordert. Allein andere [80]) läugnen

79) Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLV. medit. 10.

80) *Car. God.* Winckler Progr. de condictione immodici foenoris. *Lipsiae* 1765. in Deſſelben Opuscul. minor. Vol. II. P. I. Nr. 3. pag. 78. sqq. *Jo. Christoph.* Koch Meditation. ad Schaumburgii Com-

schlechterdings, daß durch die bezahlten widerrechtlichen Zinsen das Kapital ipso iure vermindert werde, sie gestatten daher dem Schuldner nur einen Abzug der bezahlten unrechtmäßigen Zinsen vom Kapital, betrachten aber diese Zinsen als ein besonderes Kapital, welches der Gläubiger alle Jahr, solange er dasselbe genossen hat, billig verzinsen müsse. Die neuern Rechtsgelehrten [81]) sind jedoch fast durchgehends der Meinung, daß durch die bezahlten widerrechtlichen Zinsen das Kapital im Augenblick der Zahlung ipso iure verkleinert werde. Dieß bringt auch die Natur der Compensation mit sich, deren Wirkung eintritt, sobald Forderung und Gegenforderung einander gegenüber stehen [82]). So wie nun also das

pend. Dig. meditat. 8. pag. 55. Müller Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. I. Obs. 440.

81) *Jo. God.* Bauer Prog. de usuris solti imputandis vel repetendis. *Lipsiae* 1760. in Ej. *Opusc. academ.* Tom. I. Nr. 26. *Jo. Frid.* Meister Diss. de eo quod iustum est in usuris pecuniae mutuae, annuisque reditibus indebite solutis, tum condicendis, tum de sorte detrahendis. *Gött.* 1786. *Ad. Dict.* Weber Comm. de usuris indebite solutis, earumque tam repetitione, quam in sortem imputatione. §. 23—26. in desselben Versuchen über das Civilrecht. Nr. IV. pag. 330 sqq. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 286.

82) *L. 4. Cod. de compensat. Imp.* Alexander A. Si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure *pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur,* si modo petitio earum subsistit.

Capital durch die bezahlten übermäßigen Zinsen in immer größeren Progressionen kleiner wird, und endlich ganz verschwindet [83]); so müssen sich auch nach diesem Verhältniß alle Jahre die Zinsen vermindern, und diese Wirkung der Compensation muß sich der Gläubiger um so mehr gefallen lassen, da er sie durch Annehmung der unerlaubten Zinsen selbst veranlaßt hat.

b) Ist das Capital bereits bezahlt, so kann der Schuldner dasjenige, was der Gläubiger nach der letztern Computationsart an Zinsen mehr erhalten hat, als ihm zu nehmen erlaubt war, mit einer Condiction zurückfordern [84]). Die Klage in diesem Falle ist jedoch mehr die *condictio sine causa*, als die condictio indebiti, weil sich hier ein Irrthum so wenig auf Seiten des Schuldners, als des Gläubigers annehmen läßt [85]), und da die Zinsen, wenn sie gezahlt sind, dadurch die Eigenschaft der Zinsen verlohren haben, so ist hieraus zu erklären, warum nach der Ansicht der Römischen Rechtsgelehrten die bezahlten übermäßigen Zinsen, nicht als Zinsen, sondern als zurückbezahlter Hauptstamm eingeklagt werden müssen, wie folgende Gesetzstelle lehrt.

L. 26. *pr. D. de condict. indeb.* Ulpianus *lib. XXVI. ad Edictum.* Si quis usuras *supra legiti-*

83) *L.* 5. §. 21. *D. Ut in possess. legator. Cap.* 6. *X. de pignorib.* Schweppe Röm. Privatrecht. §. 198.

84) *L.* 18. *Cod. h. t. Cap.* 6. *X. de iureiur.*

85) S. Winckler Pr. cit. de condictione immodici foenoris. *Lipsiae* 1765. pag. VI. sqq. Auch den 13. Th. dieses Commentars. §. 834. S. 127.

mum modum solvit, *D.* Severus rescripsit (quo iure utimur), repeti quidem non posse, *sed sorti imputandum;* et si postea sortem solvit, *sortem quasi indebitam repeti posse.* Proinde et si ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae, *quasi sors indebita*, repetuntur. Quid? si simul solverit? Poterit dici, et tunc repetitionem locum habere.

2) Die Folgen der widerrechtlichen Zinsen beziehen sich auf das Forderungsrecht des Gläubigers. Diese bestehen darin, daß die Gesetze dem Gläubiger das Klagerecht auf die Zinsen, soweit sie das gesetzliche Maas überschreiten, absprechen. *Supra duplum autem usurae*, fährt Ulpian a. a. O. §. 1. fort, *et usurarum usurae, nec exigi possunt:* und Marcian lehrt *libro XIV. Institutionum*, woraus die *L.* 29. *D. h. t.* genommen ist: Placuit, sive *supra statutum modum* quis usuras stipulatus fuerit, sive *usurarum usuras*, quod illicite adiectum est, pro non adiecto haberi, *et licitas peti posse* [86]).

II. Criminelle Folgen. Die Gesetze haben aber auch den Zinswucher mit Strafen bedroht, und in dieser Hinsicht wird er zum Verbrechen, welches man das Verbrechen des Zinswuchers, *crimen usurariae pravitatis* nennt, und durch Nehmung übermäßiger gesetzlich verbotener Zinsen vollbracht wird [87]). Die Strafe dieses

86) Man sehe noch *L.* 9. *D. h. t. et L.* 8. *Cod. Si certum petatur.* und Noodt de foen. et usur. Lib. II. Cap. 13. §. Caeterum T. I. *Oper.* pag. 230.

87) *Io. Christ.* Petersen Diss. de pravitate usuraria. *Rostochii* 1726. und Joh. Christ. Quistorp von

Verbrechens war bey den Römern nach Verschiedenheit der Zeiten sehr verschieden [88]). Ursprünglich, vielleicht schon nach den zwölf Tafeln, bestraften sie den Zinswucher mit dem vierfachen Ersatz der zur Ungebühr genommenen Zinsen. So belehrt uns M. Porcius Cato, wenn er gleich im Anfange der Vorrede zu seinem Werk *de Re Rustica* sagt: Est interdum praestare mercaturis rem quaerere, ni tam periculosum siet; et item foenerari, si tam honestum siet. *Majores enim nostri sic habuerunt, et ita in legibus posiverunt,* furem dupli condemnari, *foeneratorem quadrupli.* Quanto peiorem civem existimarint foeneratorem, quam furem, hinc licet existimari [89]). Dieser Strafe gedenkt auch Antonius Pedianus [90]), wenn er uns erklären will, welche Ankläger unter dem Namen der Quadruplatoren vorkommen. Alii dicunt, sagt er, *quadruplatores* esse eorum reorum accusatores, *qui convicti quadrupli damnari soleant,* ut aleae, aut *pecuniae gravioribus usuris foeneratae, quam pro consuetudine.* Diese Strafe muß aber in der Folge ausser Gebrauch gekommen seyn, denn die Kai-

den Strafen der Wucherer nach ältern und neuern Gesetzen, in desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. XXV. S. 388—417.

88) S. *Jac.* Gothofredus in Comm. ad L. 2. Cod. Theod. de usuris. Tom. I. pag. 272. sq. der Ritt. Ausg. und *Ger.* Noodt de foen. et usur. Lib. II. cap. 13. §. Praetor.

89) S. die Scriptores rei rusticae vet. lat. Vol. I. der zweybrücker Ausgabe pag. 9.

90) *Divinatio* cap. 7. pag. 27

ſer Diocletian und Maximian droheten in der *L.* 20. *Cod. Ex quib. caus. infamia irrogatur*, denjenigen, welche unerlaubten Zinswucher treiben, und Zinſen von Zinſen nehmen, die Strafe der Infamie. Der Kaiſer Theodos der Große ſtellte zwar in einer Verordnung vom J. 386. die alte Strafe des vierfachen Erſatzes wieder her, es iſt jedoch dieſe Verordnung in den Juſtinianeiſchen Codex nicht aufgenommen worden, ſondern iſt blos in dem Theodoſianiſchen Codex enthalten, wo ſie *L.* 2. *Lib. II. Tit.* 33. *de Usuris* folgendermaſſen lautet:

Quicunque ultra centesimam iure permissam aliquid sub occasione necessitatis eruerit, *quadrupli poenae obligatione constrictus*, sine cessatione, sine requie protinus ablata redhibebit. Hi vero, qui antea pari furore grassati uspiam deteguntur, in duplum extorta restituant.

Juſtinian behielt blos die Verordnung der Kaiſer Diocletian und Maximian bey, nach welcher auch nur dem Anatocism die Strafe der Infamie gedroht zu ſeyn ſcheint [91]). Denn wo ſonſt der Zinsfuß widerrechtlich überſchritten worden, ſcheinen nur die civilrechtlichen Folgen eingetreten zu ſeyn [92]), wie aus folgender Verordnung des Kaiſers Philippus erhellet.

L. 18. *C. h. t.* Indebitas usuras, etiamsi ante sortem solutae non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint, licet post sortem redditam

91) *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 2. Cod. Theod. h. t.

92) *Hug.* Donellus in Comm. ad L. 16. C. h. t. nr. 5.

creditori fuerint datae, exclusa veteris iuris varietate repeti posse, perpensa ratione firmatum est.

Auch in der eigenen Verordnung des Kaisers Justinian über den Zinsfuß, *L.* 26. §. 1. *Cod. eod.* ist nur von privatrechtlichen Folgen der Ueberschreitung dieses Gesetzes die Rede. In einer neuern Constitution, welche in beyden Sprachen, in der griechischen und lateinischen, bekannt gemacht worden ist, *Nov.* 32. in Epilogo, und *Nov.* 34. in Epilogo will zwar Justinian den Zinswucher mit dem gänzlichen Verlust des Capitals, und in der Novelle 33. bey Soldaten mit dem Verlust der Rechte ihres Standes bestraft wissen; allein alle diese neuern Strafen beziehen sich blos auf die Uebertretung dieser neuern zum Besten der Landleute gegebenen Zinsgesetze [93]).

Desto empfindlichere Strafen hat das Canonische Recht auf den Zinswucher gesetzt. Das Canonische Recht läßt nämlich, wie bereits oben bemerkt worden ist, nur den Rentekauf, und Zinsen im Falle des Verzugs, als ein Interesse, zu. Wer ausserdem Zinsen nimmt, soll von der Gemeinschaft der Kirche und des Altars ausgeschlossen seyn, und kein christliches Begräbniß erhalten. Die Kirche soll auch keine Oblationen von ihm annehmen, und der Geistliche, welcher sie annimmt, soll so lange suspendirt seyn, bis er nach dem Ausspruche des Bischofs Genugthuung dafür geleistet hat [94]). Ueberwiesene Zinswucherer sollen auch, so lange sie die Zinsen nicht

93) S. *Conr.* Rittershusius Jur. Justinian. P. III. Cap. 10. nr. 26. sqq.

94) *Cap.* 3. *X. de Usuris.*

reſtituirt, oder deshalb hinlängliche Caution geleiſtet haben, weder bey Teſtamenten gültige Zeugen ſeyn, noch ſollen die Teſtamente derſelben gelten, ſondern ipso iure nichtig ſeyn [95]).

Allein heut zu Tage werden weder die Strafen des Römiſchen noch des Canoniſchen Rechts mehr erkannt [96]), ſondern wir richten uns, wo die Provinzialgeſetze darüber nichts verfügen, nach der Vorſchrift der teutſchen Reichsgeſetze [97]). Vermöge derſelben ſollen nicht nur alle Contracte, inſofern ſie unerlaubte Zinswucherey zum Grunde haben, null und nichtig ſeyn, ſondern auch die Wucherer mit dem Verluſt des vierten Theils des geliehenen Capitals beſtraft werden, wovon die eine Hälfte der Obrigkeit des Wucherers, die andere Hälfte aber der Obrigkeit des Schuldners, und zwar ohne Unterſchied, ob ſie die hohe oder nur die niedere Gerichtsbarkeit hat, anheimfallen ſoll. Es ſoll auch die Obrigkeit, die bey Vollziehung dieſer Verordnung mit Wiſſen ſäumig erfunden wird, in eine Strafe von zwey bis vier Mark löthigen Goldes verfallen ſeyn. Auſſer der Einziehung des vierten Theils des Capitals pflegten die ältern Criminaliſten noch

95) *Cap.* 2. *de Usuris in* 6*to.*

96) Boehmer Observat. ad *Carpzovii* praxin rer. crim. P. II. Qu. XCII. Obs. 4. pag. 79. von Quiſtorp Grundſ. des Peinl. Rechts 1. Th. §. 449.

97) Reichs-Policey-Ordnung vom Jahr 1530. Tit. 26. §. 7. vom J. 1548. Tit. 17. §. 7. und vom J. 1577. Tit. 17. §. 8. S. Meyer Diss. de usuraria pravitate eiusque poenis. *Gött.* 1803. und Ettmann's Handbuch des teutſch. peinl. Rechts. 3. Th. §. 557.

auf eine Geldſtrafe oder Gefängniß zu erkennen [98]); allein die Geſetze kennen dieſe Strafen nicht; ſie können alſo nur allenfalls dann erkannt werden, wenn die Einziehung des vierten Theils des Capitals in dem vorkommenden Falle bey dem Wucherer nicht Statt finden könnte [99]), oder Wiederholung dieſes Verbrechens oder andere beſonders erſchwerende Umſtände dieſelben rechtfertigen [100]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche pflegt jedoch nur dann auf die geſetzliche Strafe des Wuchers erkannt zu werden, wenn über ſechs Procent Zinſen genommen worden ſind [1]). Der oben vorgekommene bekannte Streit über die heutige Anwendbarkeit der teutſchen Reichsgeſetze in Betreff der Größe geſetzmäßiger Zinſen hat veranlaßt, daß die Erhebung des ſechsten Zinsthalers überall für kein ſtrafbarer Zinswucher gehalten wird [2]). Man behauptet ſogar, daß der ſechste Zinsthaler, wenn er einmal bezahlt iſt, weder vom Capital abgerechnet, noch zurückgefordert werden könne [3]). Allein

98) Carpzov Pract. rer. crim. Qu. XCI. nr. 29. et Qu. XCII. nr. 29. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 30. Weſtphal Criminalrecht. Anmerk. CIX. §. 2.

99) Tittmann a. a. O. S. 536.

100) Dabelow Lehrbuch des Peinl. Rechts. §. 323.

1) Koch Institut. iur. crim. § 623. in fin. Weſtphal Criminalrecht. Anmerk. CIX. §. 3. von Quiſtorp Grundſ. des Peinl. Rechts. 1. Th. §. 449. Tittmann a. a. O. S. 536.

2) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCXLV. medit. 9. Cramer Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 100. et Tom. IV. Obs. 1005. Quiſtorp's Beyträge. Nr. XXV. S. 400. f.

3) Cramer c. l. Struben rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. 133. von Selchow Rechtsfälle, 1. B. Nr. V. S. 99.

hierin ſtimmen nicht alle heutige Rechtsgelehrten [4]) überein, und die von ihnen angeführten Urtheilsſprüche [5]), bey welchen das Gegentheil beobachtet worden iſt, beweiſen, daß wenigſtens kein allgemeiner Gerichtsgebrauch für jene Meinung ſtreitet [6]). Andere Arten des unerlaubtrn Zinſennehmens, z. B. das Annehmen der Zinſen von Zinſen, haben nur privatrechtliche Folgen [7]). Das Straferkenntniß ſetzt übrigens die wirkliche Entrichtung und Annahme der wucherlichen Zinſen voraus [8]). Die bloße Abſchließung des wucherlichen Contracts iſt nur als Verſuch zu dem Verbrechen, und das Fordern der Zinſen

4) Wernher Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 201. Tom. II. P. VIII. Obs. 420. Tom. III. P. III. Obs. 4. nr. 35. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLV. med. 9. Weſtphal Criminalrecht. Anmerkung CIX. §. 4.

5) Joh. Lud. Schmidts öffentliche Rechtsſprüche 2. Abſchnitt. Nr. XLVII. Klein's merkw. Rechtsſprüche der Halliſchen Juriſten Facultät. 4. B. Nr. XIII.

6) Tittmann's angef. Handbuch 3. Th. §. 553. S. 520. f.

7) Weſtphals Criminalrecht. Anmerk. CIX. §. 5. Feuerbachs Lehrbuch des peinl. Rechts. §. 437.

8) Quiſtorp Grundſ. des teutſchen Peinl. Rechts. 1. Th. §. 446. Feuerbach. §. 438. Meiſter's pract. Bemerkungen aus dem Criminal- u. Civilrechte 1. B. Nr. II. S. 32. Anderer Meinung ſind Grolman in den Grundſätze der Criminalrechtswiſſenſchaft §. 368. Not. d. und Dabelow im Lehrb. des Peinl. Rechts. §. 322. Allein die Worte der R. Pol. Ordn. v. J. 1577. Tit. 17. §. 8. daß derjenig, ſo ſolche Wucherliche Contract und *Partiten* hinführo — üben würde ꝛc. drücken in der That mehr, als die bloße Abſchließung des wucherlichen Geſchäfts aus.

als der nähere Grad des Verſuchs anzuſehen, und kann Geldbuße von fünf bis zehen Thalern, oder Gefängnißſtrafe von einigen Tagen oder Wochen nach ſich ziehen [9]). Die geſetzliche Strafe kann aber hier nie erkannt werden, denn dieſe ſetzt jederzeit vollendeten Zinswucher voraus [10]), ob wohl dieß freylich nicht ſo verſtanden werden darf, daß der Schuldner die Zinſen bis zur Heimzahlung des Capitals dem Gläubiger entrichtet haben müſſe; indem es vielmehr ſchon hinreichend iſt, wenn auch nur die Zinſen eines Termins entrichtet worden waren, weil der Schuldner nun wirklich ſchon in Schaden geſetzt iſt [11]). Sehr häufig pflegt der Zinswucher hinter einen erlaubten Vertrag verſteckt zu werden, dieſes ändert aber an der Handlung ſelbſt nichts [12]). Zinswucher iſt daher verboten, er mag unter dem Scheine eines freywilligen Geſchenks [13]), oder Anbietens [14]), oder einer Diſcretion für die Müh-

9) Tittmann Handb. des P. R. 3. Th. §. 557. S. 537.

10) Quiſtorp Beyträge zur Erläut. verſchied. Rechtsmaterien. Nr. XXV. S. 411.

11) Tittmann Handb. §. 552. S. 516. a. E. u. f.

12) *Tob. Iac.* Reinharth Diss. de usuraria pravitate tam vera et palliata, quam putativa seu imaginaria. *Erfordiae* 1727. Leyser de usuris palliatis, in Medit. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLVII. Günther über Wucher und Wuchergeſetze. Hamburg 1790. von Berg über Wucher und Wucherverbote: in Deſſen ſtaatswiſſenſchaftlichen Verſuchen Th. 2. S. 169. ff.

13) *Chr. Henr.* Breuning Diss. de honorario illicitarum interdum usurarum pallio. *Lipsiae* 1767. und Leyser c. l. medit. 2.

14) Leyser c. l. medit. 4. Hommel Rhapsod. Quaestion. for. Vol. V. Obs. 603. nr. 19.

waltung, oder eines errichteten Vergleichs [15]), oder unter dem Anſtriche einer Conventional-Strafe, oder eines Verkaufs [16]), oder antichretiſchen Vertrags, oder unter dem Vorgeben, daß das geliehene Geld einem Dritten zugehöre [17]), ausgeübt werden. Die teutſchen Reichsgeſetze [18]) erwähnen hiervon inſonderheit folgende Fälle: 1) Wenn ſich der Darleiher in dem Schuldbekenntniß eine größere Summe zuſchreiben läßt, als er ausgeliehen hat. 2) Wenn er wegen eines kleinen Verzugs ein übermäßiges Intereſſe fordert, und ſolches mit zur Hauptſumme geſchlagen hat. 3) Wenn er Waaren ſtatt baaren Geldes gegeben, und ſolche über ihren Werth angeſchlagen hat (Contractus mohatrae). 4) Wenn ſich der Darleiher auſſer den Zinſen noch ein beſonderes Schuldgeld (ein merklich Dienſtgeld) bedungen hat, welches, ſolange als die Hauptſumme unbezahlt bleibt, entrichtet werden ſoll. 5) Wenn ſich der Darleiher in dem Schuldbekenntniſſe ſtatt Münze, in welcher er das Kapital ausgeliehen hat, Gold hat verſchreiben laſſen [19]). 6) Wenn

15) Leyser c. l. medit. 6. und *Car. Frid.* Walch Diss. de usuraria pravitate sub palliata transactione. *Ienae* 1746.

16) Leyser c. l. medit. 5. Chriſt. Aug. Günther über die richterliche Beurtheilung eines unter dem Wiederkaufe verdeckten Wuchers; in Deſſelben rechtlichen Bemerkungen. 1. Th. Helmſt. 1802. Nr. VIII.

17) Leyser medit. 3.

18) Reichs-Policey-Ordn. v. J. 1530. Tit. 26. §. 1—6. v. J. 1548. Tit. 17. §. 1. ff. v. J. 1577. Tit. 17. §. 1—6.

19) *Christ. Gott.* Biener Progr. de foenore illicito pro diversis monetarum generibus recte iudicando. *Lipsiae* 1805. 4.

eine Summe baaren Geldes ſchenkungsweiſe (vergeblich) überlaſſen, dagegen aber eine Sache von großem Werthe um einen ganz geringen Preis bedungen worden iſt. 7) Wenn der Schuldner für ein Darlehn zu mehrern Zeiten im Jahre (zu vier Märkten) ein übermäßiges Honorar (Aufgeld) geben ſoll.

Uebrigens unterſcheiden ſich beyde Arten der hier ausgeführten rechtlichen Folgen des verbotenen Zinswuchers darin von einander, daß die privatrechtlichen ſich auch die Erben des Wucherers gefallen laſſen müſſen; dahingegen die criminellen Folgen gegen die Erben deſſelben nicht eintreten. So gewiß es alſo iſt, daß die Erben des Wucherers die von ihrem Erblaſſer erhobenen übermäßigen Zinſen herausgeben müſſen, oder ſich ſolche vom Capital müſſen abziehen laſſen [20]); eben ſo wenig iſt es einigem Zweifel unterworfen, daß nach dem Tode des Wucherers ein Erkenntniß auf Verluſt des vierten Theils des geliehenen Capitals gegen die Erben des Wucherers, nicht mehr Statt finden könne [21]). Dahingegen werden durch die Begebung der Ausflucht des getriebenen Zinswuchers ſo wenig die privatrechtlichen als criminellen Folgen deſſelben aufgehoben [22]); indem ein ſolcher Verzicht nach der Regel des Papinian [23]), *ius publicum pri-*

20) S. Winckler Progr. de condictione immodici foenoris. §. At vero. Hommel Rhapsod. quaestion for. Vol. V. Obs. 603. nr. 27. in fin.

21) Tittmann's Handbuch 3. Th. §. 557.

22) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLVI. medit. 8. Koch Institut iuris crim. §. 624. von Quistorp Grundſätze des Peinl. Rechts. 1. Th. §. 446.

23) *L.* 38. *D. de pactis. Fratr.* Bechmannorum Consil. et Decision. P. I. Resp. VII. nr. 54. pag. 150.

vatorum pactis mutari non potest, durchaus keine Wirkung haben kann, wenn er auch mit einem Eide wäre bekräftiget worden [24]).

§. 1137.

Zinsen unter dem Namen der Intereſſen oder jährlichen Renten.

Es iſt ſehr gewöhnlich, die Zinſen auch unter dem Namen der Intereſſen zu fordern. Allein da das Intereſſe (id, quod interest) die Summe des Schadens bezeichnet, den man durch des Andern imputable Schuld erlitten hat [25]); ſo können die Zinſen unter dem Namen des Intereſſe oder der Intereſſen nur eigentlich dann gefordert werden, wenn ſie in unerlaubten Handlungen des Verpflichteten ihren Grund haben. Dieſe Intereſſen, z. B. Verzugszinſen unterſcheiden ſich aber von andern Zinſen darin, daß ſie nur dann auf fünf von Hundert eingeſchränkt ſind, wenn kein höheres Intereſſe bewieſen wird [26]). Ehemals forderte man auch, zur Umgehung des Zinſenverbots, die Zinſen unter dem Namen jährlicher Renten. Man kaufte ſich, wenn man ſein Geld verzinslich ausleihen wollte, mittelſt einer dem Andern überlaſſenen Geldſumme das Recht, jährlich von demſelben oder aus ſeinen unbeweglichen Gütern eine gewiſſe Abgabe oder Zins in Gelde, oder Naturalien, Getraide, Wein u. ſ. w. zu erheben. Man nannte dieſen

24) *Cap.* 13. *X. de Usur.* Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 603. nr. 25. et 30.

25) S. Pfeiffers vermiſchte Aufſätze über Gegenſtände des Teutſch. u. Röm. Privatrechts. S. 227. ff.

26) R. Deputat. Abſch. vom J. 1600. §. 139.

Kauf einen Gültkauf, oder Rentekauf, eine Gültenverschreibung, und die dadurch bedungene jährliche Abgabe, jährliche Gülten oder Renten, annui reditus, und diese waren von zweyerley Art, persönliche oder bingliche, je nachdem sie entweder blos von der Person des Schuldners gefordert werden konnten, oder als eine Reallast auf einem Grundstück hafteten, und dem jedesmaligen Besitzer desselben oblagen [27]). Jene kennt auch das Römische Recht, und unterscheidet sie von Zinsen, wie aus der nicht glossirten *Nov.* 160. *Cap.* 1. des Kaisers Justinian erhellet, wo gesagt wird, das Gesetz, welches er gegeben habe, daß die Zinsen nicht über die Summe des Kapitals sollen gefordert werden dürfen, gehe nicht auf sie. Letztere verwirft das Römische Recht, vermöge welchem nur derjenige, der sie auflegte, und dessen Erbe, aber nicht jeder nachfolgende Besitzer dadurch gebunden werden soll [28]). Das teutsche Recht aber läßt sie zu, und kennt zweyerley Arten binglicher Renten, wiederkäufliche oder ablösliche und unablösliche, je nachdem dem Schuldner die Freyheit zusteht, das Grundstück, auf welchem sie haften, durch Bezahlung des Capitals, von deren Abtrage zu befreyen, oder nicht. So wie nun der Rentekauf nichts anders als ein verschleiertes Darlehn war; so waren auch die annui reditus nichts

27) S. *Jo. Jac.* Sorber Commentat. de censu constitutivo seu mutuo palliato. *Jenae* 1746 4. und Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 2. B. §. 203. b.

28) *L.* 81. §. 1. *D. de contrah. emt. vendit.* *L.* 12. *D. de annuis legatis.* Kind Quaestion for. Tom. III. Cap. 41. und Schweppe Römisches Privatrecht. §. 56. der 2. Ausgabe.

anders als usurae palliatae. Daher waren sie auch anfangs so verhaßt, als die Zinsen, ja sie waren, durch Mißbrauch dieser Anstalt, für die Schuldner, besonders die Landleute, noch viel drückender, als die Zinsen, darum wollte sie Kr. Friedrich II. ganz abgeschafft wissen, indem er den weltlichen Fürsten im Jahre 1232. das Privilegium ertheilte [29]), daß ihre Unterthanen von allen dinglichen Zinsen an Wein, Geld, Getraide, oder wozu sich sonst die Landleute verpflichtet hätten, künftig befreit seyn sollten. Allein man war nun schon seit undenklicher Zeit an diese Art, sein Geld anzulegen, so gewöhnt, daß weder kirchliche Verbote, noch weltliche Verfügungen dagegen etwas vermochten. Es gab sogar Städte, die sich die Aufrechthaltung dieser Art von Geldhandel durch besondere Freyheitsbriefe zu versichern suchten. Dadurch geschahe es denn, daß endlich die Päbste Martin V. und Calixtus III. in den Jahren 1420. und 1455. veranlaßt wurden, den Renten- und Gültkauf, auf Ansuchen der Stadt Breslau, und der Merseburgischen Geistlichkeit, die sich beyde auf ein unfürdenkliches Herkommen beriefen, ausdrücklich zu genehmigen und förmlich zu bestätigen [30]). Endlich nahm auch die teutsche Reichsgesetzgebung diesen Gegenstand zu ihrem Augenmerk, und bestätigte zwar auf der einen Seite den Rentekauf, als allenthalben üblich und gemein, bestimmte aber auch auf der andern Seite die Form des Gültenkaufs nunmehr dahin,

29) S. die neue Sammlung der Reichsabschiede. 1. Th. Nr. XI. S. 18.

30) *Cap. 1. et 2. Extravagant. commun. de emt. vendit.*

1) daß die Verschreibung allezeit auf Wiederkauf geschehen solle [31]).

2) Daß mit hundert Gulden Hauptgelbes nicht mehr als fünf Gulden jährlicher Gülten gekauft werden sollten [32]); welches denn auch von Korn, Wein und andern Natural-Gülten gelten sollte [33]. Endlich

3) daß die Loskündigung der Gültverschreibung auf Wiederkauf, wie Wiederkaufsrecht, allein bey dem Verkäufer, das ist dem Schuldner, und nicht bey dem Käufer, oder dem Gläubiger, stehen solle, ohne übrigens darauf zu sehen, wie die Gültverschreibung gestellt ist [34]). Jedoch soll

4) der Vertrag gelten, wodurch der Schuldner sich verpflichtet, daß er auf den Fall, da er in Zahlung der jährlichen Gülten sich säumig erzeigen würde, alsdann dem Gläubiger sofort die Kauf- oder Hauptsumme neben den Gülten wiedergeben wolle [35]).

Mag nun auch gleich der Rentekauf die Stelle des zinsbaren Darlehns vertreten haben, so zeigt sich doch nun darin zwischen beyden Geschäften ein wesentlicher Unterschied, daß bey den letztern, der Natur der Sache

31) Reichs-Policey-Ordnung vom Jahr 1530. Tit. 26. §. 8.

32) Reichs-Policey-Ordnung v. J. 1530. a. a. O. vom J. 1548. Tit. 17. §. 8.

33) Reichs-Policey-Ordn. v. J. 1577. Tit. 19. §. 3.

34) R. Policeyordnung v. J. 1577. Tit. 17. §. 9.

35) Deputationsabschied zu Speier v. J. 1600. §. 35.

nach, die Freyheit der Aufkündigung dem Gläubiger sowohl, als dem Schuldner, zustehen muß; dahingegen bey dem erstern diese Freyheit nur dem Schuldner gesetzlich vorbehalten ist [36]). Der Rentenkäufer giebt also dem Verkäufer das bestimmte Geld nicht, wie beym Darlehn, als ein Capital blos zum Gebrauch, sondern er zahlt es als eine Kaufsumme zum wahren und unwiederruflichen Eigenthum; der Verkäufer empfängt es demnach nicht unter der Verbindlichkeit, es dereinst zu restituiren, sondern mit dem Rechte, es ewig zu behalten, wenn er sich nicht, durch freywillige Zurückzahlung der Kaufsumme, von der Last des jährlichen Rentenabtrags befreyen will. Die dem berechtigten Rentekäufer jährlich zu entrichtenden Renten sind daher auch nicht, so, wie Zinsen, als ein accessorium sortis anzusehen, welche der Gläubiger für den überlassenen Gebrauch des Capitals erhält; sondern sie sind vielmehr als eine für die bezahlte Kaufsumme erhandelte Waare und schuldige Hauptsache zu betrachten [38]). In dieser Hinsicht konnte Justinian in der Nov. 160. Kap. 1. den Gültekauf von einem zinsbaren Anlehn allerdings unterscheiden. Dieser wesentliche

36) S. Danz a. a. O. S. 272. f.

37) *Fratrum* Becmannorum Consilia et Decision. P. I. Resp. VII. nr. 17. pag. 127. sq.

38) Molinaeus Tr. commerciorum et usurarum. Qu. I. nr. 17. pag. 20. Frommann Diss. de annuorum reddituum et usurarum natura. §. 4. sqq. Carpzov P. III. Const. 24. Def. 12. Berlich Decision. P. II. Decis. 286. nr. 29. sqq. Cramer Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 92. Cocceji iur. civ. controv. P. II. h. t. Qu. 15.

Unterſchied zwiſchen jährlichen Renten und Zinſen eines Darlehns findet aber nicht nur bey den dinglichen, ſondern auch, wegen Gleichheit des Grundes, bey den perſönlichen Renten ſtatt [39]). Zwar wollte Pabſt Pius V. die perſönlichen Renten abgeſchafft wiſſen, indem er in einer Bulle vom Jahr 1570 verordnete, daß jährliche Renten nur auf unbeweglichen, oder dieſen gleichgeachteten Sachen, inſofern ſie ihrer Natur nach Früchte hervorbringen, conſtituirt werden ſollten [40]); allein dieſe Verordnung iſt in Teutſchland, nach dem Zeugniß der berühmteſten Canoniſten [41]), ſelbſt bey den Katholiken, nicht recipirt worden. Der jüngſte Reichsabſchied vom J. 1654. §. 174. billiget daher die wiederkäuflichen Zinſen ohne Unterſchied, und ſie ſollen alle Jahre in den verglichenen Terminen, jedoch nicht weiter als zu 5 Procent, unfehlbar bezahlt, auch, im Falle des Saumſals, auf bloße Vorzeigung der Obligation, per paratam executionem von dem Schuldner beygetrieben werden. Man giebt übrigens noch manche andere Unterſchiede zwiſchen jährlichen Renten und Zinſen an, welche

39) Gail Observat. Lib. II. Obs. 7. nr. 11. sqq. Hahn Diss. de annuis reditibus. Concl. 8. et 9.

40) *Cap. un. de forma contrahendi censum, in libr. VII. Decretal.* und in des Cherubini Bullario magno Rom. Tom. II. pag. 295.

41) Wiestner Institut. canon. Lib. V. Tit. 19. Art. V. nr. 81. *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurisprud. ecclesiast. P. IV. §. 507. *Car. Seb.* Berardus Commentarior. in ius ecclesiast. univ. Tom. IV. P. I. Diss. V. Cap. 4. pag. 146. edit. *Venet.* 1778.

darin bestehen sollen, daß bey den erstern die jährlichen Gülten auch über die bezahlte Hauptsumme laufen, und auch von denselben Zinsen des Verzugs sollen gefordert werden können[42]). Allein da die Reichsgesetze die jährlichen Gülten, in Ansehung der Grenzen, den Zinsen gleichstellen, und sorgfältig zu verhüten suchen, daß die Rentpflichtigen durch den Gültekauf nicht über die Gebühr, und mehr, als andere Schuldner, beschwert würden; so verwerfen andere[43]) diesen Unterschied. Dieser letztern Meinung kann man auch insofern beypflichten, daß dasjenige, was oben von Zinsen über das alterum tantum, und vom Anatocism gesagt worden ist, auch bey wiederkäuflichen Gülten gelten müsse, weil die Gesetze auch bey diesen keinen Zinswucher gestatten[44]). Noch ist die Frage übrig, ob sich nicht die wiederkäuflichen Gülten darin von Zinsen aus Darlehnen unterscheiden, daß sie bey Concursen ein Vorzugsrecht genießen? Unser Hellfeld

42) *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. P. II, h. t. Qu. 15. *Jo. Ulr. de* Cramer Diss. de charactere distinctivo contractus mutui et annuor. redituum. §. 9. (in Ejus Opusc. Tom. III. pag. 471.) Desselben Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 92. und Desselben Wetzlar. Nebenstunden. Th. 82. S. 1. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 40.

43) Boehmer inr. eccles. Protestant. Tom. V. Lib. V. Tit. 19. §. 65. pag. 389. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLII. med. 2. von Trützschler Versuch einer genauern Bestimmung des Rechts wiederkäuflicher und unableglicher Zinsen bey entstandenen Concursen. Altenburg 1777. §. 19. S. 48. f. und *Jo. Ad. Th.* Kind Quaestion. for. Tom. II. Cap. 54.

44) S. Sorber Commentat. de censu constitutivo, seu mutuo palliato. §. 271. sqq.

beantwortet dieſe Frage ſo, daß ſie in einigen teutſchen Provinzen mit einem privilegirten Pfandrecht alsdann verſehen wären, wenn ſie mit Einwilligung der Obrigkeit einem Grundſtück auferlegt worden ſind. Dieß war auch wirklich ehemals der Fall in Sachſen[45]; es iſt dieſes aber durch die neuere Prozeßordnung des Churf. Friedrich Auguſt von Sachſen abgeändert worden, nach welcher die Zinſen von wiederkäuflichen Stämmen nur dann, wenn ſie gerichtlich conſtituirt und conſentirt worden ſind, ein ius reale wirken, aber auch ſodann kein ius prioritatis haben ſollen[46]). Nach der Preußiſchen Gerichtsordnung Tit. 50. § 430. gehören ſie in die fünfte Claſſe, inſofern ſie nicht nach Vorſchrift der Hypotheken-Ordnung ſind eingetragen worden, in welchem Falle ſie das Recht hypothekariſcher Forderungen der dritten Claſſe haben. Abgeſehen davon, ſo kommt ihnen nach dem gemeinen Rechte gar keine Priorität zu, ſondern ſie ſind als bloße Perſonalſchulden anzuſehen, wenn derentwegen keine Hypothek beſtellet worden iſt[47]).

§. 1138.

Unterſchied zwiſchen Zinſen und Früchten.

Von allen übrigen Gegenſtänden, deren in der Aufſchrift dieſes Titels Erwähnung geſchieht, nehmlich von Früchten, Acceſſionen und Verzuge iſt ſchon an

45) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCLII. Corollar. p. 933. Berger Elect. Disceptat. for. p. 1813.

46) Sorber cit. Commentat. §. 276.

47) Von Trützſchler in dem angef. Verſuche §. 21. und Sorber cit. Commentat. §. 274—278.

andern Orten dieſes Commentars gehandelt worden. Nur bemerkt Hellfeld von den Früchten, daß wenn gleich die Zinſen in den Geſetzen als eine Art von Früchten betrachtet werden [48]) dennoch die Früchte in mancher Hinſicht mehr begünſtiget ſeyen, als die Zinſen. Denn 1) in stricti iuris iudiciis können zwar Früchte, aber nicht Zinſen, gefordert werden. Es iſt jedoch in Gemäßheit der *L.* 38. *D. h. t.* ein Unterſchied zu machen, ob der Kläger eine Sache fordert, welche ſchon vorher ſein Eigenthum war, oder nicht. Im erſten Falle kann er die Sache mit allen Früchten zurückfordern, und der Beklagte muß ſie reſtituiren, ſie mögen vor oder nach entſtandenem Prozeſſe erhoben ſeyn. In dieſem Falle iſt alſo zwiſchen bonae fidei und stricti iuris iudicia kein Unterſchied. In dem letztern Falle hingegen können die Früchte nur von Zeit der Litisconteſtation an gefordert werden [49]), dahingegen Zinſen, die nicht ſtipulirt ſind, auch nicht einmal von dieſer Zeit an in iudiciis stricti iuris gefordert werden konnten [50]). 2) Die Früchte müſſen von

48) *L.* 34. *D. h. t.* Jedoch ſagt dieſes Geſetz ſelbſt, daß nur in iudiciis bonae fidei die Zinſen den Früchten gleichgeſetzt ſind. Insbeſondere bezieht ſich der Satz des Ulpians, daß die Zinſen billig von den Früchten nicht unterſchieden werden dürfen, auf das Senatusconſult von der Erbſchaftsklage, deſſen Worte in *L.* 20. §. 4. *D. de hered. petit.* angeführt werden. S. *Gerh.* Noodt de foen. et usur. Lib. III. cap. 12.

49) Voet Comm. ad Pand h. t. §. 21. u. *Io. Nic* Hertii Diss. de fructuum persecutione in actionibus personalibus; (in Opuscul. Vol. I. Tom. III. p. 189--200.)

50) *Ger.* Noodt c. l. pag. 255. Man ſehe auch den 4. Th. dieſes Commentars §. 310. S. 249.

einem malae fidei possessor restituirt werden, wenn sie auch den Werth der Hauptsache überschreiten sollten[51]). 3) Der malae fidei possessor muß zwar fructus percipiendos restituiren, allein Zinsen von Geldern, welche nicht ausgeliehen worden, ersetzt er nicht[52]). 4) Auch können bey der Erbschaftsklage Zinsen von Früchten gefordert werden, welche der Besitzer der in Anspruch genommenen Erbschaft vor entstandenem Prozeß erhoben und verkauft hat[53]); nur nicht von Früchten, welche erst nach entstandenem Prozeße gezogen worden sind[54]). Helfeld behauptet zwar mit mehreren Rechtsgelehrten[55]), Zinsen könnten gar nicht von Früchten gefordert werden; allein die *L.* 15. *D. h. t.* worauf er sich beruft, redet von der Reivindication, bey welcher die Früchte immer nur als Nebensache gefordert werden; dahingegen bey der Erbschaftsklage die vor dem Prozeß erhobenen Früchte die Erbschaft ipso iure vermehren, und einen Theil derselben ausmachen[56])

51) *L.* 22. *Cod. de rei vind. L.* 1. *Cod. de his, quibus ut indignis.* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXLIX. med. 4.

52) *L.* 62. *pr. et* §. 1. *D. de rei vind. L.* 20. §. 14 *D. de heredit. petit.* S. den 7. Th. dieses Commentars §. 570. und den 8. Th. § 591. S. 296.

53) *L.* 51. §. 1. *D. de heredit. petit. L.* 18. *D. de his, quae ut indign. auf.*

54) Noodt de foen. et usur. Lib. II. cap. 12. S. auch den 7. Th. dieses Commentars a. a. O. S. 570.

55) Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 13. Schaumburg Comp. iuris Dig. h. t. §. 12.

56) *L.* 20. §. 3. *L.* 40. §. 1. *de hered. petit.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 21. in fin. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 194. a. E.

Cujaz[57]) giebt endlich 5) auch noch den Unterſchied an, daß durch freywillige Umſchaffung einer Obligation (novatio) zwar der Zinſenlauf aufhöre[58]), allein derſelben ungeachtet die Früchte gefordert werden könnten, die ſowohl vor als nach der Novation erhoben worden ſind[59]).

57) Observation. Lib. XVIII. cap. 3.

58) *L.* 18. *D. de novation.*

59) *L.* 4. §. *ult. D. h. t.* Cujacius Commentarior. in Lib. XXVII. Quaestion. Papiniani. *Oper.* a Fabroto editor. Tom. I. pag. 690. in fin.

Lib. XXII. Tit. II.

De nautico foenore.

§. 1139.

Begriff von foenus nauticum, und pecunia trajectitia. Foenus quasi nauticum.

Mehr als gewöhnliche Zinsen erlauben die Gesetze dem Gläubiger, wenn er die Gefahr des Capitals übernimmt. Hier lassen sich zwey Fälle gedenken.

1) Das verzinslich dargeliehene Geld soll entweder in Natur, oder in Waaren, welche der Schuldner mit dem Gelde angeschafft hat, auf Gefahr des Gläubigers über See versendet werden. Ein solches Capital wird *pecunia trajectitia*, und die davon zu entrichtenden Zinsen *nauticum foenus* [60]) genennt. Daß die pecunia

60) *Claud.* Salmasius de modo Usurarum. Cap. 5. 6. 8. et 9. *Ger.* Noodt de foen. et Usur. Lib. II. cap. 7. *Jo.* Bort cholten de nautico foenore. *Helmst.* 1694. 4. 1704. 8. *Franc.* Stypmann. iur. maritim. P. IV. Cap. 2. (in Scriptor. de iure nautico et maritimo a *Jo. Gottl.* Heineccio editor. fascic. pag. 374. sqq.) *Reinold* Kurike iur. maritim. hanseatic. ad Tit. 6. (*ibid.* pag. 760. sqq.) *Jo.* Loccenius de iure maritimo Lib. II. cap. 6. pag. 987. sqq. und *Mart. Hieronym.* Hudtwalcker Diss. de foenore nautico Romano. *Hamburgi*, 1810. 4.

trajectitia auch in Waaren beſtehen kann, welche für das dargeliehene Geld ſind angeſchafft worden, wenn ſie auf Gefahr des Gläubigers verſchifft werden, lehrt Modeſtin in folgender Stelle.

L. 1. *D. h. t.* Modestinus *libro* X. *Pandectarum.* Trajectitia ea pecunia est, quae trans mare vehitur: ceterum si eodem loci consumatur, non erit trajectitia. Sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae, in ea causa habentur? et interest utrum etiam ipsae *periculo creditoris* navigent: tunc enim *trajectitia pecunia* fit.

Wenn gleich Paulus *L.* 6. *D. h. t.* die usurae maritimae von der pecunia trajectitia ausdrücklich unterſcheidet, ſo wird doch auch der Ausdruck *nauticum foenus* häufig für das über See zu verſendende Capital ſelbſt genommen, welches dem Schuldner auf eine ſolche Art dargeliehen worden iſt, daß es, wegen der von dem Gläubiger übernommenen Seegefahr, mit den in einem ſolchen Falle erlaubten höhern Zinſen dereinſt, nach überſtandener Gefahr, zurückgezahlt werden ſoll. Einen Beleg dazu geben die Worte des Reſcripts der Kaiſer Diocletian und Maximian *L.* 3. *Cod. h. t.* Cum proponas te *nauticum foenus* ea conditione *dedisse*, ut post navigium, quod in Africam dirigi debitor adseverabat, in Salonitanorum portum nave delata, *foenebris pecunia* tibi redderetur. Es leuchtet in die Augen, daß hier der Ausdruck *nauticum foenus* nicht kann für usurae nauticae genommen werden, denn es wird ja nachher *foenebris pecunia* genannt. Wie könnte auch von Zinſen geſagt werden, nauticum foenus *dare?* Der Ausdruck nauticum foenus be-

greift also hier Zinsen und Capital unter sich, welches auch, wie Claudius Salmasius (*Saumaise*)[61] sehr richtig bemerkt hat, seinen guten Grund darin hat, weil nach überstandener Seegefahr das Capital mit den Zinsen, welche also hier nicht so, wie bey einem gemeinen verzinslichen Darlehn, in bestimmten Terminen laufen, zugleich bezahlt wird.

2) Das Geld wird zu einem andern mißlichen, jedoch an sich nicht unerlaubten, Geschäft dargeliehen, wobey der Gläubiger gegen höhere Zinsen die Gefahr übernimmt. Es kann z. B. der Ausgang eines Unternehmens von einer Casual-Bedingung abhangen, ein Dritter schießt das dazu nöthige Geld her, unter ausbedungenen höhern Zinsen, und verpflichtet sich beydes verlieren zu wollen, wenn das Geschäft mißlingen sollte. Man pflegt ein solches Anlehn *foenus quasi nauticum* zu nennen. Es gehört hierher die wegen Verschiedenheit der Lesearten sehr schwierige Stelle aus Scävola's *libro sexto Responsorum*, welche nach der florentinischen Ausgabe der Pandecten des Taurellius (Torelli) in der L. 5. D. h. t. folgendermassen lautet:

Periculi pretium est, et si condicione quamvis poenali non exsistente, recepturus sis quod dederis, et insuper aliquid praeter pecuniam: si modo in aleae speciem non cadat: veluti ea, ex quibus condiciones nasci solent: ut *si manumittas*, si *non illud facias*, *si non convaluero*, et cetera: nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatum, plurimum pecuniae dederim, ut si coepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet,

61) De usuris. Cap. 2. pag. 24. sq.

exerceretque: ut si vicisset, redderet. In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.

Cujaz[62]) hat folgende griechiſche Ueberſetzung aus den Baſiliken reſtituirt:

Δανείξων δύναμαι συμφωνεῖν λαβεῖν ὃ δέδωκα σὺν ἑτέρᾳ ποσότητι ὡσανεὶ τίμημα τοῦ κινδύνου, μόνον μέν τοι μὴ ἐπὶ κόπτῳ, ἀλλὰ ἐξ ὧν ἁρμόξει condictitios; τυχὸν, ἵνα μὴ ἐλευθερώσεις, ἵνα μὴ τόδε ποιήσεις; ἐὰν μὴ ὑγιανῶ καὶ τὰ λοιπὰ· ἢ ἐὰν χορηγήσω ἁλιεῖ εἰς παρασκευὴν, ἵνα ἐὰν ἁλιεύσῃ, παράσχῃ· ἢ ἀθλητῇ ἐπὶ τῷ ἑυτὸν θρέψαι, καὶ γυμνάσαι, καὶ ἐὰν νικήσῃ ἀποδῶ ἐπὶ τοῦτον γὰρ τὸ πάκτον, καὶ χωρὶς ἐπερωτήσεως πλατύνει τὴν ἐνοχήν.

Soviel zuförderſt die Lesart unſerer Geſetzſtelle anbetrifft, ſo finden ſich hier ſo viele Varianten, wie faſt bey keiner andern Stelle in den Pandecten. Denn 1) für conditione quamvis poenali, leſen Haloander und Baudoza conditione *quavis* poenali. Ferner 2) bey den Worten *non* existente will Baro[63]) die Negation weggeſtrichen haben. Andere verſetzen die Worte, und zwar Cujaz[64]) ſo: et si conditione, *quamvis non poenali*, existente, Hotomann[65]) hingegen ſtreicht das et weg, und lieſet: Periculum pretium *non* est, si conditione *quavis* poenali existente etc. 3) Statt si modo *in aleae speciem* non cadat, lieſet Baudoza

62) Observation. Lib. IX. cap. 28.

63) Libro manuali.

64) Recitat. ad L. 5. D. h. t.

65) Observation. Lib. V. cap. 2.

si modo *in aliam speciem* non cadat; eben ſo unſer Erlanger Codex, auch Ruſſard und Charondas haben dieſe Leſeart bemerkt, und Cujaz und Pothier[66]) geben ihr den Vorzug. Salmaſius[67] hingegen glaubt, das Geſetz habe keinen Sinn, wenn man nicht mit Weglaſſung der Negation leſe: *si modo in aliam speciem cadat.* Allein aus dem Folgenden wird ſich zeigen, daß überall die Florentiniſche Leſeart für die richtigere zu halten ſey. Dahingegen iſt 4) ſtatt conditiones, ohne Zweifel *condictiones* zu leſen. Dieſe Leſeart wird nicht nur durch die Baſiliken beſtärkt, ſondern der ganze Zuſammenhang der Worte, veluti ea, *ex quibus condictiones nasci solent*, macht auch dieſelbe nöthig. Denn nie ſagen die Geſetze von Bedingungen, conditiones nascuntur, ſondern *adjiciuntur, adscribuntur, apponuntur*; dahingegen iſt deſto gewöhnlicher die Redensart *ex hac causa condictio nascitur*, oder *nasci solet*[68]). Statt *nasci solent*, leſen auch einige Handſchriften *nascuntur*, wie Ruſſard und Charondas bemerken, und Holoander hat auch dieſe Leſeart in ſeine Ausgabe aufgenommen. Endlich 5) für *si manumittas* will Cujaz nach den Baſiliken *non* manumittas leſen, und Charondas bemerkt, daß ſeine Handſchrift der Pandecten ebenfalls die Negation habe. Dieſe Leſeart billigt auch Anton Schulting[69]). Unter denen, welche dieſes Geſetz erklärt haben, zeichnen

66) Pand. Juſtinian. Tom. I. h. t. Nr. VI.

67) De modo usurarum. Cap. 9. pag. 350.

68) L. 6. L. 52. *D. de donat. inter Vir. et Uxo.* L. 38. §. 5. *D. de Usuris.*

69) Thes. controversar. Dec. LXXXXVI. Th. 3.

ſich Juſtus Zinzerling[70]), Gerh. Noodt[71]), und Cornelius van Eck[72]) vorzüglich aus. Franz Hotomann[73]), Claud. Salmaſius[74]) und die übrigen, welche Zinzerling angeführt hat, haben daſſelbe durch unnöthige Emendationen mehr entſtellt, als erläutert. Corn. van Eck hat unſer Geſetz unter die septem damnatas Leges Pandectarum oder die ſogenannten cruces Ictorum aufgenommen; man hat ſich indeſſen die Sache wohl ſchwieriger gemacht, als ſie in der That iſt.

Die Uebernehmung der Gefahr iſt es, welche bey der pecunia trajectitia den Gläubiger berechtiget, ſich die höchſten Zinſen verſprechen zu laſſen, und eben dieſelbe iſt auch der Grund, warum hier zur Begründung des Zinſen-Verſprechens keine Stipulation erfordert wird, ſondern ein bloßes pactum genügt. Paulus giebt dieſes nicht undeutlich zu erkennen, wenn er *libro III ad Edictum*, woraus die *L. 7. D. h. t.* genommen iſt, ſagt: In quibusdam contractibus[75]) etiam usurae

79) Opinationes Variorum de vero intellectu nobilissimae et vexatissimae L. Periculi pretium 5. D. de naut. foenore, in unum fasciculum compulsae, et eiusdem, contra plerosque omnes, genuina explicatio noviter tradita, et insignis hodieque usus demonstratus. (In *Ev. Otto*nis *Thes. iuris Rom.* Tom. V. pag. 1418. sqq.)

71) De foen. et usur. Lib. II. cap. 7. pag. 218.

72) Commentat. de septem damnatis Legibus Pandectarum, cum praefat. *Chr. Gott.* Reinhardti. *Halae* rec. 1766. Cap. VI.

73) Cit. loc.

74) Cit. loc.

75) *Ger.* Noodt Probabil. iuris civ. Lib. IV. Cap. 6. glaubt hier eine Lücke zu finden, welche durch Einſchaltung der

debentur, *quemadmodum per stipulationem.* Nam si dedero decem trajectitia, *ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam*, dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere. Es entſtand nun Zweifel, ob nicht das Nämliche auch in dem Falle gelte, da Geld, zwar nicht, um es auf des Gläubigers Gefahr über See zu ſchicken, aber doch auf eine ſolche Art geliehen wird, daß es, gegen eine Belohnung für die Uebernehmung der Gefahr, nur dann wiederbezahlt werden ſoll, wenn eine gewiſſe Bedingung, ſie ſtehe in der Macht des Geldempfängers, oder hänge vom Zufall ab, ſich ereignen oder nicht ereignen wird? Scävola trägt kein Bedenken die Frage zu bejahen. Denn man kann es, ſagt er, eben ſo, wie das foenus nauticum, als eine Belohnung für den ungewiſſen Ausgang einer Bedingung anſehen, für welchen der Gläubiger das Riſico übernommen hat, daß wenn die Bedingung nach der Verſchiedenheit ihrer Faſſung entweder exiſtirt, oder nicht erfüllt wird, ſollte es auch eine Pönal-Condition ſeyn, er nicht nur das wiedererhält, was er gegeben hat, ſondern auch, was noch auſſerdem bedungen worden iſt. Ob die Bedingung eine caſuelle, oder eine poteſtative oder eine vermiſchte iſt, darauf kommt nichts an. Der Gläubiger übernimmt alſo hier blos die Gefahr für den Erfolg der beygefügten Bedingung. Geht das Geld durch einen andern Zufall verloren, ſo muß dieſen der Schuldner tragen[76]). Es er-

Worte *ex pacto* müſſe ausgefüllt werden. Daß dieſe Worte wenigſtens hier ſubintelligirt werden müſſen, iſt auſſer Zweifel.

76) S. Zinzerling Commentat. cit. Cap. 2. (in *Thes. Otton.* Tom. V. pag. 1450.)

giebt sich also hieraus, daß das Wort *periculum*, von welchem überhaupt der Begriff sehr schwankend, und juristisch wenig befestiget ist [77]), nicht gerade, wie man gewöhnlich annimmt, einen fortuitus eventus voraussetzt, wenngleich übrigens nicht zu läugnen ist, daß in vielen Stellen des Römischen Gesetzbuchs das Wort *periculum* den casus fortuitus bezeichnet; denn die Gesetze reden auch von einem periculum *negligentiae*, periculum *culpae* [78]); sondern es bezeichnet hier jeden zweifelhaften Erfolg, wenn er auch nicht vom Zufall, sondern von eines Andern Willen oder Schuld abhängt [79]). Es kann daher die Bedingung, von deren Ausgange der Gläubiger das Risico übernommen hat, um so mehr auch eine potestative seyn, welche sich auch der Empfänger des Geldes auf den Fall, da er dieselbe, welche in seiner Macht stand, nicht erfüllte, zur Strafe anrechnen kann, je gewisser anzunehmen ist, daß sich der Empfänger, in dessen Gewalt der Erfolg steht, möglich bemühen werde, um die ihm gemachte Bedingung zu erfüllen, damit er das ihm auf diesen Fall Gegebene gewinne; desto gewisser ist aber auch auf Seiten des Gebers die Gefahr, das Gegebene eher zu verlieren, als den auf die Nichterfüllung der Bedingung bedungenen Gewinn zu erhalten. Und so geht nun klar hervor, wie vergeblich die in der Leseart unsers Gesetzes von Cujaz und Hotomann vorgenommenen Aenderungen sind, wie Zinzerling [80]) ganz augenscheinlich dar-

77) E. Hasse Culpa des Röm. Rechts §. 77. u. 78.

78) *L.* 39. §. 11. 12. *et* 14. *D. de administrat. et peric. tutor. et curator. L.* 40. *D. eodem.*

79) E. Zinzerling c. l. Cap. 4. pag. 1459.

80) Cit. loc. pag. 1462. sq.

gethan hat. Es darf uns auch nicht irre machen, wenn Scävola von einer conditione non existente spricht, die den Gläubiger berechtige, das Gegebene cum pretio periculi zurückzufordern. Es heißt wohl freylich in der gleich nachher folgenden *L.* 6. *D. h. t.* ipsius crediti obligationem, *non existente conditione*, defecisse videri; allein es kommt darauf an, wie die Bedingung gefaßt ist. Ich will jetzt nicht erwähnen, daß eine Bedingung entweder bejahend oder verneinend ausgedruckt seyn kann; denn auch wenn das nicht geschieht, was nicht geschehen soll, so ist doch die Bedingung erfüllt [81]); sondern es ist darauf zu sehen, ob das Geld dergestalt gegeben worden ist, daß wenn die Bedingung existirt, es der Empfänger behalten soll; oder ob es so gegeben worden ist, daß wenn die Bedingung erfüllt wird, der Geber das Geld cum pretio periculi zurückerhalten solle. Z. B. wenn ich auf folgende Art paciscire: *Do tibi decem, ut, si Stichum non manumiseris, quindecim reddas, sin minus, tibi habeas;* so existirt die Bedingung, wenn der Sklave nicht manumittirt wird, denn die Bedingung geht dahin, daß Etwas nicht geschehe. Ich erhalte also auch das pretium periculi, wenn der Sklave nicht freygelassen wird, denn die Bedingung, unter welcher das Gegebene mit der ausbedungenen Belohnung zurückgegeben werden solle, ist eingetreten. Man setze hingegen, ich hätte so paciscirt: *Do tibi decem, ut, si Stichum manumiseris, retineas; sin secus, cum altero tanto restituas;* so existirt die Bedingung, wenn der Sklave freygelassen wird; allein das Gegebene mit dem pretium periculi kann ich nur dann zurückfordern, wenn Stichus nicht manumittirt worden, also die Bedingung nicht ex-

81) *Lib.* 125. *D. de Verbor. obligat.*

füllt ist. Soviel die Lesart: *Si manumittas* anbetrifft, so muß, wenn dieselbe richtig ist, die Bedingung auf das Gegentheil gerichtet werden; z. B. Do tibi decem, ut, *si Stichum non manumittas*, data tibi habeas; sin contra facias, viginti reddas. Denn, wird der Sklave freygelassen, so ist die Bedingung nicht erfüllt. Man könnte zur Unterstützung dieser Lesart anführen, daß Beyspiele einer solchen Bedingung auch in den Pandecten [82]) nicht selten sind. Dennoch scheint auch die von Cujaz und Hotomann aus den Basiliken restituirte Lesart: Si *non* manumittas, welcher auch Duaren [83]) und Schulting beypflichten, Gründe für sich zu haben, welche jener den Vorzug streitig machen. Ich will nicht erwähnen, daß die Weglassung der Negation überhaupt kein ungewöhnlicher Fehler der Abschreiber ist [84]), sicher aber sind die Beyspiele der die Freyheit begünstigenden Bedingung in den Pandecten [85]) viel häufiger. Scävola scheint also die contraire Bedingung um so mehr zum Beyspiel gewählt zu haben, da auch die übrigen Beyspiele auf Bedingungen gehen, welche bejahend gefaßt waren. Dessen ungeachtet kann man immerhin die gemeine Lesart beybehalten. Man braucht sich auch nicht gerade den Fall zu denken, daß etwa Jemand,

82) *L. 67. D. de condit. et demonstrat. L. 6. D. de servis export. L. 5. Cod. eodem. L. 13. §. 14. D. de SCto Silan.*

83) Commentar. ad h. Tit. Pand.

84) S. Augustinus Emendation. Lib. I. cap. 2. Jauchius Meditat. crit. de Negationib. Pandect.

85) *L. 7. §. 2. D. de pact. L. 5. pr. et §. 2. D. de praescr. verb. L. 8. §. 7. D. de condit. instit.* u. a. m.

der vielleicht einmal von dem Sklaven war beleidiget worden, der Freyheit desselben einen Riegel habe vorschieben wollen. Im Gegentheil kann ihm, um seines eigenen Interesse willen, gerade daran gelegen seyn, daß der Sklave manumittirt werde. Z. B. A. giebt dem B. zehen Ducaten, die er behalten soll, wenn er seinen Sklaven Stichus nicht manumittiren wird. Sollte er ihn aber freylassen, so soll er das Empfangene doppelt zurückgeben. A. hat hier nichts weniger zur Absicht, als den Sklaven den Weg zur Freyheit zu verschließen. Im Gegentheil ist es sein einziger Wunsch, daß er dieselbe erhalte. Er hatte nämlich zufällig erfahren, daß C. den B. unter der Bedingung zum Erben eingesetzt habe, wenn er seinen Sklaven Stichus manumittiren würde. Er sahe also voraus, B. werde, um der Erbschaft willen, seinen Sklaven in Kurzen manumittiren müssen. Darum schloß er mit dem B. jenen Vertrag; also um seines eigenen Vortheils willen. Allein wie läßt sich hier ein pretium periculi denken? wird man einwenden. Dieser Zweifel verschwindet, wenn man erwägt, daß noch Manches darzwischen kommen konnte, welches die Manumission vereitelte; z. B. der Tod des Sklaven; der Gläubiger übernimmt also auch hier die Gefahr, das Seinige eher zu verlieren, als den beabsichtigten Gewinn zu erhalten.

Auf keinen Fall darf jedoch das Geschäft, bey welchem der Gläubiger die Gefahr übernimmt, in den Gesetzen verboten seyn. Hierauf gehen die Worte des Labeo: Si modo *in aleae speciem* non cadat, wenn man der Florentinischen Lesearт den Vorzug giebt, mit welcher auch mehrere Ausgaben, als die des Haloander,

und Hugo a Porta, (Lion 1572. f.) übereinstimmen. Nach dieser Leseart wäre dann das Wort alea in seiner eigentlichen Bedeutung für ein verbotenes Spiel zu nehmen, wie es auch Noodt [86]), Voet [87]), Schulting [88]), Zinzerling [89]) und van Eck [90]) erklärt haben, und weil Scävola *in aleae speciem* non cadat sagt, so hat er die hier gemachte Ausnahme nicht blos auf den ungewissen Ausgang eines verbotenen Spiels einschränken, sondern vielmehr dadurch überhaupt andeuten wollen, daß nur bey solchen Geschäften ein pretium periculi zuzulassen sey, welche nicht, wie das Spiel, und was sonst damit eine Aehnlichkeit hat, verboten sind. Zur Erläuterung können hier die Worte des Kaisers Justinian dienen, wenn er L. 1. *Cod. de aleator.* sagt? Sed et si quis *sub specie alearum* victus sit lupinis, vel alia quavis materia, cesset etiam adversus eum omnis exactio. Die Glosse hat bey ihrer Erklärung die in den damaligen Handschriften der Pandekten befindlich gewesene Leseart *in aliam speciem* zum Grunde gelegt, und versteht diese Worte so: Si modo *in alium contractum*, sc. innominatum, non cadat, in quibus cessat repetitio, si secuta est causa. Darauf werden dann alle die nachfolgenden Beyspiele bezogen, *ut si manumittas* etc. wo in dem Falle, da die Bedingung nicht erfüllt worden ist, nur das Gegebene

86) Cit. loc. Tom. I. *Oper.* pag. 218. in fin.

87) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

88) Thes. controversar. Dec. LXXXXVI. Th. 3.

89) Cit. Commentat. ad L. 5. h. t. Cap. 6. pag. 1467. sqq.

90) Cit. Commentat. de septem damnatis Legib. Pandectar. §. 4.

zurückgefordert werden kann. Cujaz[91]), Borcholten[92]), und Forcatulus[93]) haben dieser Leseart und Erklärung der Gloſſe darum ihren Beyfall nicht verſagen zu können geglaubt, weil ſonſt Scävola mit ſich ſelbſt in Widerſpruch gerathen würde. Denn die Beyſpiele, welche er in der Folge von dem Fiſcher, ferner von dem Wettkämpfer oder Athleten anführt, wären ja gerade ſolche, quae aleae non prohibitae speciem habeant[94]). Es könne daher gar nicht anders heißen, als *in aliam speciem* d. i. in alium contractum, diversum a mutuo, unde *condictiones* sc. ob rem dati, nascuntur. Zur Beſtärkung dieſer Erklärung und Leseart werden auch verſchiedene Stellen aus den Pandecten[95]) angeführt, woraus erhellen ſoll, daß die Redensart *in aliam speciem cadere* nicht ungewöhnlich ſey. Allein aller dieſer Gründe ungeachtet, wird man der florentiniſchen Leseart ohne Bedenken den Vorzug einräumen, wenn man erwägt, daß eine ſolche Ausnahme, als in dem eigentlichen Sinn der Worte liegt, darum nöthig zu ſeyn ſchien, um dadurch anzudeuten, das foenus quasi nauticum dürfe kein verbotenes Geſchäft zum Gegenſtande haben. Das Wort alea bedeutet allerdings auch ſoviel als Riſico, Gefahr, Ungewißheit

91) Recitat. ad L. 3. h. t.

92) Tr. de nautico foen. Cap. 3.

93) Tr. de mora. P. II. nr. 22.

94) *L. 8. §. 1. D. de contrah. emt. L. 7. D. de heredit. vend.*

95) *L. 17. D. de Usu et usufr. leg. L. 7. §. 1. D. de supellect. legata.*

eines Erfolgs, und es ist nicht zu läugnen, daß die von Scävola angeführten Beyspiele von der Art sind, daß sie in dieser Bedeutung eine alea enthalten. Allein offenbar hat Scävola das Wort alea in dieser Bedeutung nicht genommen, sondern unterscheidet davon periculum, und so fällt der vermeinte Widerspruch hinweg. Es ist auch nun gar nicht nöthig, mit Saumaise die Negation wegzustreichen [96]), wie die folgenden Worte: *veluti ea, ex quibus condictiones nasci solent*, noch näher zu erkennen geben. Denn aus einem verbotenen Spiele entstehen keine Klagen [97]). Der Sinn dieser Worte geht also dahin: in quam sc. aleae speciem veluti ea non cadunt negotia, ex quibus *condictiones* nascuntur. Diese *condictiones* sind aber, wie Voet [98]) ganz richtig sagt, nichts anders, als actiones in personam, efficaces ad persequenda ea, quae convenerunt: quales actiones efficaces haud competunt, quoties negotium tale gestum est, quod in aleae vetitae speciem cadit. Zwar meint Voet, man könne diese Worte auch füglich auf die alea vetita beziehen, und so verstehen, daß aus dergleichen verbotenen Geschäften das Verlohrne zurückgefordert werden könne, und daß also *condictiones* hier soviel, als repetitiones amissorum, anzeigen sollen; allein dann würden die angeführten Beyspiele: *ut si manumittas* etc. dazu wohl nicht recht passen. Noch einiger Erläuterung bedürfen

96) Wie konnte *Fr.* Stypmann in iure maritimo P. IV. Cap. 2. Nr. 21. einer eben so violenten, als unnöthigen Critic Beyfall geben?

97) *L. ult. §. 1. D. Quarum rerum actio non det. L. 19. §. ult. D. de probat.*

98) *Comm. ad Pand. h. t. §. 1.*

die Worte: *Nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatum plurimum pecuniae dederim, ut si cepisset, redderet: et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet.* Hötomann, welcher nach seiner unzeitigen Emendation: Periculi pretium *non* est, si conditione quavis poenali existente, recepturus sis, quod dederis, etc. in der Meinung steht, daß bey Pönal-Conditionen kein pretium periculi Statt finde, glaubt nun hier den Gegensatz zu finden, und substituirt daher folgende Lesart: *At nec dubitabis, si piscatori erogaro* (welches hier soviel, als credidero heißen soll) *in apparatum*, (die Worte plurimum pecuniae dederim sollen ein Glossen, und daher wegzustreichen seyn) *ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet, in his omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodesse.* Allein daß durch diese Lesart der ganze Sinn dieses Fragments entstellt werde, hat schon Zinzerling [99]) gezeigt. Die Partikel nec hat hier offenbar nicht nur die Bedeutung einer Negation, sondern auch einer Verbindung mit dem Vorhergehenden, und es leuchtet in die Augen, daß Scävola hier keinen entgegengesetzten Satz habe vortragen wollen. Die Beyspiele selbst anlangend, so ist zur Erläuterung des erstern zu bemerken, daß der Apparat zum Fischfang bey den Römern einen nicht geringen Kostenaufwand erforderte, besonders wenn von dem Fange grösserer Fische, z. B. das Thynnus, Sylurus, Esos, und Attilus die Rede ist, deren Plinius [100]) gedenkt, wo zuweilen mehrere Joche Ochsen

99) Cit. Commentat. Cap. 9.

100) Histor. natur. Lib. IX. cap. 15.

zusammengespannt werden mußten, um solche Fische, welche man mit Hamen von Ketten zu fangen pflegte, aus dem Wasser zu ziehen. Zur Erläuterung des letztern Beyspiels hingegen bemerke ich, daß die Wettkämpfer sowohl durch eine Art von Kost [1], welche dem Körper vorzügliche Kraft und Stärke gab, und *victus athleticus* [2], *lex pulveris et cibi* [3] genennt wurde, als durch Uebungen, die sie vorher anzustellen pflegten, zum Wettkampfe vorbereitet wurden, wie Zinzerling [4] aus Stellen des Quinctilian [5], Seneca [6] und Tertullian [7] erwiesen hat [8]. Da in allen diesen Fällen der Ausgang ungewiß war, so erlaubte man dem Gläubiger, welcher das Geld zu dem erforderlichen Aufwande vorschoß, für die Gefahr, die er übernahm, es zu verlieren, sich eine Belohnung auszubedingen, und das bloße Pactum ohne Stipulation war dazu hinreichend,

1) Dieses wird durch das Wort *exhibere* angedeutet, welches also hier soviel, als alere heißt. S. Brissonius de Verbor. iur. Significat voc. *Exhibere* nr. 5.

2) Celsus Lib. IV. *Si malum inveteravit, athletico victu corpus firmandum est.*

3) Cujacius Observation. Lib. IX. cap. 28. beruft sich auf den Terentianus Maurus. Aristoteles in Politic. nennt diese Kost ἀναγκοφαγία. Das Brod, was die Athleten genossen, hieß Coliphium. Juvenalis *Satyr. II. v* 53.

4) Cit. Commentat. Cap. 10. pag. 1478. sqq.

5) *Institut. Orator.* Lib. XII. cap. 10.

6) *De providentia.* Cap. 2.

7) *Lib. de Martyrib.*

8) Budaeus Adnotation. ad Pand. ad L. 4. D. de his, qui notant. infam. fol. 96 et 97.

wie die letzteren Worte unserer Gesetzstelle beweisen: In his autem omnibus et *pactum sine stipulatione* ad augendam obligationem prodest. Zinzerling [9]) meint zwar, es sey hier von keinem besondern Rechte die Rede. Denn das pactum, wovon hier Scävola rede, sey nicht das sogenannte nudum pactum, sondern das Geschäft, wobey sich der Gläubiger nach unserm Gesetz ein pretium periculi ausbedingen könne, sey ein contractus innominatus, der durch die Dation seine Entstehung erhalten habe; pactum werde also hier, als ein für sich bestehender Contract, der Stipulation, als dem Bestärkungsmittel desselben, entgegengesetzt. Allein man halte das hier zum Grunde liegende Geschäft für ein Darlehn, oder für einen ungenannten Contract, so ist das daraus entspringende Rechtsverhältniß eine obligatio ex re, und diese geht an sich auf nichts weiter, als auf das, was der Schuldner empfangen hat. Ultra hoc, quod accepit, *re obligari* neminem posse, constat, sagt *L.* 9. *Cod. de non num. pecun.* Soll also mehr wiedergegeben werden, so muß dieses durch eine neue obligatio begründet seyn. Dazu ward nun sonst eine Stipulation erfordert [10]); hier aber genügte das bloße pactum. Der Grund dieser Ausnahme liegt also allerdings in der Uebernehmung der Gefahr das Geld zu verlieren. Denn ohne das periculum creditoris wäre die trajectitia pecunia kein foenus nauticum, und der Gläubiger dürfte auch nicht mehr, als die gewöhnlichen Zinsen nehmen, wie Papinian sagt *L.* 4. *pr. D. h. t.* Nihil interest, trajectitia pecunia *sine peri-*

9) Cit. Commentat. Cap. 11.

10) *L.* 24. *D. de praescript. verb. L.* 7. *Cod. de Usuris.*

culo creditoris accepta sit, an post diem praestitutum, et conditionem impletam periculum esse creditoris desierit: *utrobique igitur maius legitima usura foenus non debebitur.* Sed in priore quidem specie semper: in altera vero, discusso periculo: nec pignora, vel hypothecae, titulo majoris usurae tenebuntur. Die von den Römern aufgenommenen See-Gesetze der Rhodier scheinen zwar Contracte über die trajectitia pecunia nicht als gültig anzuerkennen, wenn der Gläubiger nicht die Gefahr übernommen hat. Saumaise (Salmasius)[11]) hat die Worte der Lex Rhodia auf folgende Art hergestellt:

Τὰ ἐν τῇ θαλάσσῃ δεδανεισμένα ἔγγυα καὶ ἀκίνδυνα μὴ γραφέτωσαν, εἰ δὲ καὶ ἐπιγραφθῶσιν, ἄκυρα ἔστω. τὰ δὲ ἐν ἀγροῖς ἢ ἐν πόλεσι δανειξόμενα ἔγγυα καὶ ἀκίνδυνα ἐπιγραφέτωσαν. i. e. *Quae in mari foenerata sunt, tuta et sine periculo futura creditori non scribantur, si vero et scribantur, irrita sunto. Quae vero in agris aut urbibus mutua dabuntur, secura et ab omni periculo vacua conscribi ac repromitti liceto.*

Indessen war wohl nur die Meinung dieses Gesetzes, daß der Contract dann nicht gelten sollte, wenn sich der Gläubiger von der trajectitia pecunia usurae nauticae versprechen ließ, ohne gleichwohl die Gefahr des Verlusts zu übernehmen. Dem sey nun aber, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß nach dem Röm. Recht auch Geld über See geliehen werden kann, ohne daß der Gläubiger die Gefahr nothwendig übernehmen

11) De modo Usurarum Cap. 3. p. 79. et Cap. 5. pag. 299.

muß, wenn er nur alsdann, nicht mehr als gemeine Zinsen sich versprechen läßt, wie aus folgendem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian erhellet.

L. 2. Cod. h. t. Cum dicas te pecuniam ea lege dedisse, ut in sacra urbe tibi restitueretur, nec incertum periculum, quod ex navigatione maris metui solet, ad te pertinuisse profitearis, non est dubium, pecuniae creditae ultra licitum modum te usuras exigere non posse.

§. 1140.

Für welche Gefahr steht der Gläubiger? Von welcher Zeit an, und wie lange trägt der Gläubiger die Gefahr? Welche Zinsen-Grenze findet hier Statt?

Das Wesen des nauticum foenus besteht also darin, daß Geld oder Waaren auf Gefahr des Gläubigers über See verschifft werden, so daß wenn solches an dem bestimmten Ort, oder zur bestimmten Zeit glücklich anlandet, der Gläubiger das Capital mit den auf solchen Fall bedungenen höhern Zinsen wiedererhält, in dem entgegengesetzten Falle aber beydes verliert. Es setzt also immer einen besondern Vertrag voraus, wodurch der Gläubiger die Gefahr übernommen hat. Denn im Zweifel wird nicht vermuthet, daß das Geld oder die Waaren auf Gefahr des Gläubigers ins Schiff gegeben worden sind. Die Kaiser Diocletian und Maximian haben dieses in der *L. 4. Cod. h. t.* sehr bestimmt ausgesprochen, wenn sie an den Eucharistus auf folgende rescribiren:

Trajectitiae quidem pecuniae, quae *periculo creditoris* mutuo datur, casus, antequam ad desti-

natum locum navis perveniat, ad debitorem non pertinet. *Sine huiusmodi vero conventione, infortunio naufragii debitor non liberabitur.*

Um nun aber näher zu bestimmen, welche Gefahr eigentlich der Gläubiger zu tragen hat, so ist zu unterscheiden, zwischen der Gefahr des Schiffsuntergangs und der des dargeliehenen Capitalverlusts. Nur die letztere übernimmt der Gläubiger, nicht die erstere. Denn die Gesetze sagen ausdrücklich, *trajectitiae pecuniae* periculum, antequam ad destinatum locum navis perveniat, creditoris esse [12]). Zwar reden auch die Gesetze, von der *nave amissa* seu *pereuntа*, qua, *ceu non existente conditione*, ipsius crediti obligatio defecisse videtur [13]); hingegen *salva nave* sortem cum usuris recipere creditorem [14]). Allein dieß ist von dem gewöhnlichen Falle zu verstehen, wo mit dem Untergange des Schiffs gewöhnlich alles verloren ist. Sollte aber, des erlittenen Schiffbruchs ungeachtet, dennoch das ins Schiff gegebene Capital gerettet worden seyn, so ist der Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht frey. Dahingegen kann aber auch das Schiff immerhin glücklich an den bestimmten Ort anlanden, und der Schuldner ist dennoch frey, wenn das Schiff auf der Seereise von Seeräubern ausgeplündert worden ist. Denn der Gläubiger, der die Gefahr der trajectitia pecunia übernimmt, trägt jeden Unglücksfall, er sey durch einen Seesturm, wodurch das Schiff scheiterte, oder durch Gewalt der Seeräuber oder der Feinde, oder durch ei-

12) *L.* 1. *L.* 4. *Cod. h. t.*

13) *L.* 6. *D. eodem.*

14) *L.* 7. *D. h. t.*

nen Seewurf zur Rettung des Schiffs entstanden, wenn nur dem Schuldner dabey keine Culpa zur Last fällt, und nicht etwa blos eine bestimmte Art der Gefahr wäre ausbedungen worden, für welche der Gläubiger nur allein zu stehen sich verpflichtet hätte.

Merkwürdig ist folgende Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian.

L. 3. *Cod. h. t.* Cum proponas te nauticum foenus ea conditione dedisse, ut post navigium, quod in Africam dirigi debitor adseverabat, in Salonitanorum portum nave delata, foenebris pecunia tibi redderetur, ita ut navigii duntaxat, quod in Africam destinabatur, periculum susciperes; perque vitium debitoris, nec loco quidem navigii servato, illicitis comparatis mercibus, quae navis continebat, fiscum occupasse; amissarum mercium detrimentum, quod non *ex marinae tempestatis discrimine*, sed ex praecipiti avaritia, et incivili debitoris audacia, accidisse adseveratur, adscribi tibi iuris publici ratio non permittit.

Wenn nun hiernächst die Frage entsteht, von welcher Zeit an, und wie lange der Gläubiger die Gefahr trage? so kommt hier zunächst alles auf die unter den Interessenten getroffene Uebereinkunft an. So wie also die Gefahr auf Seiten des Gläubigers von dem Augenblick an ihren Anfang nimmt, da das Schiff nach der Uebereinkunft der Partheyen abgesegelt, wie Modestin lehrt, wenn er *L.* 5. *D. h. t.* sagt: In nautica pecunia ex ea die periculum spectat creditorem, *ex quo navem navigare conveniat* [15]; so kommt es in

15) S. Stypmann c. l. nr. 98. pag. 184.

Absicht auf die Dauer der Gefahr auf folgende Fälle an. Der Gläubiger hat die Gefahr entweder für die Dauer der ganzen Seereise, oder nur für eine bestimmte Zeit übernommen, so daß wenn nach Ablauf dieser Zeit das Schiff untergeht, nicht mehr der Gläubiger, sondern der Schuldner die Gefahr trägt; oder dem Gläubiger soll anders kein Forderungsrecht zustehen, als wenn das Schiff binnen der bestimmten Zeit an dem bestimmten Orte ankommen würde.

In dem ersten Falle ist wieder zu unterscheiden, ob der Gläubiger blos die Gefahr für die Reise an den bestimmten Ort, wohin das Geld oder die ins Schiff gegebenen Waaren, nach der Absicht des Schuldners, gebracht werden sollten, oder ob er die Gefahr der ganzen Hin- und Herreise übernommen hat, so daß der Gläubiger seinen Anspruch verliert, wenn das Schiff nicht glücklich an den Ort zurückkommt, wo es abgesegelt ist [16]). Von dem ersten Falle enthielt die oben angegebene *L. 3. C. h. t.* ein Beyspiel, wo der Gläubiger blos die Gefahr der Seereise aus dem Hafen von Salons in Dalmatien [17]), wo das Schiff abgesegelt war; bis nach Africa übernahm, als wohin der Schuldner das Geld zu verschiffen versichert hatte, obwohl derselbe nachher mit dem Schiff dahin nicht gesegelt war, sondern verbotene Waaren eingekauft, und dadurch verursacht hatte, daß

16) Die Griechen nannten in dem ersten Falle das nauticum foenus τόκον ἑτερόπλουν, in dem ersten Fall τόκον ἀμποτερόπλεν. und eine solche Seereise, wo das Schiff wieder in den Hafen zurückkommt, von welchem es ausgelaufen ist, nennt die Lex Rhodia κατάπλεν. S. Salmasius de modo Usurarum. Cap. 9. pag. 356.

17) S. *Dion.* Gothofredi not. ad L. 3. C. h. t.

das Schiff mit den Waaren war confiscirt worden; Dieser Verlust konnte dem Gläubiger nicht zum Nachtheil gereichen, da ihn der Schuldner selbst verursacht hatte. Er konnte also das nauticum foenus mit Recht fordern eben so, als ob das Schiff glücklich an der Küste von Africa angelandet wäre. Denn sobald das Schiff in den bestimmten Hafen eingelaufen ist, hört die Gefahr von Seiten des Gläubigers auf, und folglich hören auch nun die usurae maritimae auf, und der Gläubiger kann von der Zeit an nur gemeine Zinsen fordern [18]). Ein Beyspiel von dem letztern Falle hingegen enthält die L. 122. §. 1. *D. de Verb. obligat.* welche aus Scävola's *libro XXVIII. Digestorum* entlehnt, in der florentinischen Ausgabe der Pandecten folgendermassen lautet.

Callimachus mutuam pecuniam nauticam accepit a Sticho, servo Seji, in provincia Suria civitate Beruto usque Brentesium, idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos, sub pignoribus et hypothecis mercibus a Beruto comparatis, et Brentesium perferendis, et quas Brentesio emturus esset, et per navem Beruto invecturus: convenitque inter eos, uti, cum Callimachus Brentesium pervenisset, indè intra idus Septembres, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emptis et in navem missis, ipse in Suriam per navigium proficiscatur, aut si intra diem suprascriptam non reparasset merces, nec enavigasset de ea civitate, redderet universam continuò pecuniam, quasi perfecto navigio, et praestaret sum-

(18) *L. 4. pr. D.* et *L. 1. Cod. h. t.*

ptus omnes prosequentibus eam pecuniam, ut in urbem Romam eam deportarent: eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho servo Lucii Titii promisit Callimachus: et cum ante idus suprascriptas secundum conventionem mercibus in navem impositis, cum Herote conservo Stichi quasi in provinciam Suriam perventurus enavigavit: quaesitum est nave submersa, cum secundum cautionem Callimachus merces (debito) perferendas in navem misisset eo tempore, quo iam pecuniam Brentesio reddere Romae perferendam deberet: an nihil prosit Herotis consensus, qui qui cum eo missus erat, cuique nihil amplius de pecunia suprascripta post diem conventionis permissum vel mandatum erat, quam ut eam receptam Romam perferret: et nihilominus actione ex stipulatu Callimachus de pecunia domino Stichi teneatur: Respondit, secundum ea, quae proponerentur, teneri. Item quaero, si Callimacho post diem suprascriptam navigante Heros suprascriptus servus consenserit: an actionem domino suo semel adquisitam adimere potuerit? Respondit, non potuisse: sed fore exceptioni locum: si servo arbitrium datum esset, eam pecuniam quocumque tempore in quemvis locum reddi.

Es iſt dieß eine der ſchwierigſten Stellen in den Pandecten, in welcher man auf mehrere Widerſprüche ſtößt, die ſich ohne Abnöthigung einer Emendation durchaus nicht heben laſſen. Die größten Rechtsgelehrten älterer und neuerer Zeit [19]) haben daher bey der Erklärung

19) *Andr.* Alciatus Parergor. Lib. X. cap. 19. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. II. cap. 11. *Jo.* Robertus

dieſer Stelle verſucht, was Scharfſinn und Critik vermag. Der Fall, den Scävola hier entſcheidet, iſt folgender. Callimachus hatte von dem Sclaven des Sejus zu Beryt in Syrien Gelder aufgenommen, wofür dem Gläubiger die Waaren verpfändet wurden, die der Schuldner zu Beryt dafür gekauft hatte, und welche nach Brundusium verſchifft werden ſollten, nicht minder diejenigen Waaren, welche er dagegen zu Brundusium einkaufen, und zu Schiffe nach Beryt zurückbringen würde [20]). Der Gläubiger hatte die Gefahr der ganzen Seereiſe bis zur Zurückkunft des Schiffs übernommen, es war aber dabey ausdrücklich verabredet worden, daß das Schiff noch ante Idus Septembres von Brundusium abſegeln ſollte. Daß es hingegen auch noch ante Idus Septembres zu Beryt wieder ankommen müſſe, wie Cujaz dafür hält, ſagt Scävola nicht. Richtiger hingegen iſt die Bemerkung, daß die Zeit der Rückreiſe von

Receptar. Lection. Lib. I. cap. 1. *Hug.* Donellus Comm. ad Tit. Dig. de Verbor. obligat. ad L. 122. §. 1. h. t. pag. 360. sq. *Franc.* Duarenus Commentar. in eundem Tit. et Leg. *Oper.* pag. 774 sq. *Hub.* Giphanius Lectur. Altorphin. ad L. 122. §. 1. D. de Verb. Oblig. pag. 962. sqq. *Claud.* Salmasius de modo Usurar. Cap. IX. pag. 359. sqq. *Pet.* Duirsema Conjecturalium jur. civ. Lib. II. cap. 1. *Franc.* Stypmann Jur. maritim. P. IV. Cap. 2. nr. 49. sqq. pag. 381. *Jo. Gottfr.* Sammet Receptar. Lection. ad *Jauchium* Disputat. III. Cap. 34. *Opuscul.* p. 183. und *Guil. a* Teistebbant Observation. et Emendat. libr. un. *Brunovici* 1806. Cap. 2.

20) Dergleichen Hypothekbeſtellungen zur Sicherheit der Seeanleihen waren nicht ungewöhnlich, wie aus *L.* 4. und *L.* 6. *D. h. t.* erhellet.

Brundusium darum so genau bestimmt wurde, weil späterhin die Schiffarth wegen der dann wüthenden Seestürme unsicher, und die Gefahr des Schiffbruchs größer war [21]). Auf den Fall nun, da Callimachus nicht zur bestimmten Zeit mit den eingekauften neuen Waaren von Brundusium absegeln würde, ward festgesetzt, daß die Seereise alsdann, in Rücksicht der von dem Gläubiger übernommenen Gefahr, für vollendet gehalten, und das Anlehn nebst den bedungenen Zinsen sofort den auf diesen Fall zugleich mitgeschickten Sklaven des Gläubigers wiederbezahlt, und von demselben auf des Schuldners Kosten nach Rom gebracht werden sollte. Ausserdem sollte nach dem Vertrage das Geld eigentlich erst dann wiederbezahlt werden, wenn das Schiff von Brundusium glücklich nach Beryt zurückgekommen seyn würde. Denn bis dahin hatte der Gläubiger die Gefahr übernommen.

21) Eine treffende Stelle aus Vegetius de re militari Lib. V. Cap. 9. kann hier zur Erläuterung dienen. Phaenitae decursu, id est, post ortum Plejadum a die sexto Kalendarum Junarum, usque ad Arcturi ortum, id est in diem octavum decimum Kalendarum Octobrium, ut secura navigatio creditur, quia aestatis beneficio ventorum acerbitas mitigatur: ita post hoc tempus usque in tertium Idus Novembris incerta navigatio est, et discrimini proprior: propterea quia post Idus Septembres oritur Arcturus vehementissimum sidus, et octavo Kalendas Octobris aequinoctialis evenit acerba tempestas. Circa Nonas vero Octobris Hoedi pluviales, quinto Idus eiusdem Taurus. A Novembri autem mense crebris tempestatibus navigia conturbat Vergiliarum hyemalis occasus. Ex die igitur tertio Iduum Novembrium usque in diem sextum Iduum Martiarum maria clauduntur.

Dieß ist der Sinn der Worte: *idque creditum esse in omnes navigii dies.* Allein wie reimt sich nun dazu das hinzugefügte ducentos? Waren überhaupt zweyhundert Tage zur ganzen Seefarth bestimmt, was bedurfte es denn der besondern Bestimmung, daß das Schiff noch vor den Idus Septembres von Brundusium absegeln müsse, genug wenn es innerhalb der bestimmten Zeit von zweyhundert Tagen, welche einen Zeitraum von sieben Monaten betragen, zu Beryt wieder anlandete [22]). Man hält daher das *ducentos* nicht ohne Grund für eine falsche Lesearth, wofür Salmasius ducendum, Teisterbank aber trajectus lesen will. Ersteres bezieht sich denn auf creditum, und letzteres auf navigii. Der erstern Emendation würde ich den Vorzug vor der letztern um so mehr einräumen, als es nicht nur weit wahrscheinlicher ist, daß aus ducendum *ducentos*, als daß es aus trajectus entstanden seyn sollte; sondern auch das Wort ducere sich sehr gut mit creditum verträgt, wie Saumaise aus mehreren Stellen des Cicero [23]) bewiesen hat. Nach dieser Emendation, welcher auch Kürike beypflichtet, wäre also der Sinn der Worte der, daß das Kapital nebst den bedungenen Zinsen erst nach vol-

22) Wollte man annehmen, es wären hier unter omnes navigii dies ducentos, alle Tage berechnet, wo nach Vegetius die Schiffahrt zur See beginnt, und das Meer geschlossen ist, so würden nicht 200, sondern 246 Tage herauskommen, wie Salmasius c. l. pag. 361. berechnet hat.

23) Cicero *ad Atticum Lib. V. Ep. ult.* et *Lib. VI. Ep.* 1.

lendeter Seefahrt wieder bezahlt werden ſollte, weil der Gläubiger die Gefahr übernommen, ſo lange das Schiff auf der See ſeyn wird. Callimachus lief nun zwar glücklich mit ſeinem Schiffe in den Hafen zu Brunduſium ein, er hatte aber doch im Uebrigen die Bedingungen des Vertrags nicht erfüllt. Das Schiff ging daher auf der Rückreiſe unter, und nun fragte ſich's, ob Calmachus ex stipulatu belangt werden könne, das Geld wieder zu bezahlen? Nach den Worten: *et cum ante Idus suprascriptas secundum conventionem mercibus in navem impositis, cum Herote conservo Stichi, quasi in provinciam Suriam perventurus, enavigavit*, iſt nun aber gar nicht einzuſehen, in wiefern Callimachus dem Vertrage zuwidergehandelt haben ſollte. Um dieſer Schwierigkeit abzuhelfen, glaubt Alciat müſſe ſtatt cum ante idus suprascriptas, verneinend cum *non* ante idus suprascriptas geleſen werden. Dieſe Emendation haben auch Saumaiſe, und Teiſterbant zu der ihrigen gemacht. Hugo Donellus weicht blos darin ab, daß er ſtatt et *cum* ante Idus lieber et *non* ante Idus geleſen wiſſen will. Allein Cujaz, Duirſema, Duaren, und Robert wollen nicht für die Negation ſtimmen. Cujaz, dem hierin auch Duirſema Beyfall giebt, ſtellt ſich den Fall ſo vor, Callimachus ſey zwar *ante Idus* von Brunduſium mit den eingekauften Waaren abgeſegelt, aber doch zu ſpät, um noch mit den Idus nach Beryt zu kommen. Dieß ſoll auch der Entſcheidungsgrund beſtärken: *cum secundum cautionem Callimachus merces (debito) perferendas in navem misisset eo tempore, quo iam pecuniam Brentesio reddere Romae perferendam deberet;* id est, cum prope instarent Idus Septembres; man müſſe nur ſtatt *misis-*

set durch Gemination *misisset: set*[24]) d. i. sed eo tempore u. ſ. w. leſen. Duirſema ſchlägt indeſſen noch ein anderes Mittel vor, dem Scävola zu helfen, nämlich daß man durch eine neue Interpunction folgendermaſſen leſe: *cum secundum cautionem Callimachus merces Beruto* (denn ſo müſſe ſtatt *debito* geleſen werden) *perferendas, in navem misisset eo tempore* etc. ſo, daß der Sinn ſey, Callimachus habe die Waaren, welche er nach Beryt zu ſchiffen verſprochen hatte, zu einer ſolchen Zeit auf das Schiff gebracht, wo bald darauf das Geld zu Brundusium habe wiederbezahlt werden ſollen. Dieſe Interpunction finde ſich auch ſchon bey Haloander; ſollte indeſſen auch dieſe Emendation nicht gefallen, ſo giebt Duirſema noch ein drittes Mittel an die Hand; man könnte nämlich durch eine Verſetzung der Worte auf folgende Art helfen: *Cum Callimachus merces, secundum cautionem Beryto perferendas, misisset eo tempore* etc. Auf dieſe Art ſey alle Schwierigkeit gehoben, denn nun ſey nicht zu bezweifeln, Scävola habe mit Recht ausgeſprochen, daß Callimachus es darin verſehen habe, daß er die Waaren zu ſpät auf das Schiff gebracht, da er nun nicht mehr zur beſtimmten Zeit in Syrien habe ankommen können. Allein alle dieſe Verſuche des Cujaz und Duirſema ſind vergeblich, weil ja nirgends davon die Rede iſt, daß das Schiff ante Idus

24) Daß *set* für *sed*, beſonders bey Geminationen, in der Florentiniſchen Ausgabe der Pandecten gar nicht ungewöhnlich ſey, hat ſchon *Corn. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. VI. cap. 18. pag. 150. bemerkt. Man vergleiche z. B. *L.* 38. §. 1. *D. de auro, argento leg.* und *L.* 44. §. 1. *D. ad SCtum Trebell.*

Septembres wieder zu Beryt ankommen, ſondern nur daß es von Brundusium abſegeln ſollte. Noch weniger Beyfall verdient Duarens Emendation, welcher für *misisset* eo tempore, quo iam pecuniam reddere deberet, geleſen wiſſen will misisset, *mansisset* autem eo tempore etc. Nach dieſer Emendation ſoll alſo der Sinn dahin gehen: Callimachus habe zwar die zu Brundus eingekauften Waaren noch vor den Idus des Septembers auf das Schiff gebracht, aber er habe ſich noch ſolange auf dem Schiffe verweilet, bis die Zeit erſchienen war, da das Geld hat wiederbezahlt werden ſollen. Nun bemerkt zwar Charondas in ſeiner Handſchrift ſtehe mansisset, und auch zu Piſa werde ſo geleſen: *in navem misisset, mansisset autem eo tempore;* und Jauch [25]), welcher Anfangs der Emendation Alciat's Beyfall gegeben hatte, wurde durch dieſe Bemerkung des Charron bewogen, ſie aufzugeben. Er behauptet nämlich, die Worte *mansisset autem*, welche ſchlechterdings nothwendig wären, ſeyen nur durch Nachläſſigkeit des Abſchreibers weggelaſſen worden. Allein, wenn man auch die Bemerkung des Charondas mit Sammet nicht geradezu für eine Lüge ausgeben wollte, ſo würden doch immer der Emendation des Duaren die Worte entgegenſtehen: *ante Idus suprascriptas* secundum conventionem mercibus in navem impositis, cum Herote conservo Stichi, *quasi in provinciam Suriam perventurus, enavigavit*, wie ſich noch deutlicher in der Folge zeigen wird. Robert glaubt daher, die ganze Schwierigkeit liege in dem Worte *enavigavit*. Dieß

25) Meditat. critic. de Negationibus Pand. Florent. Cap. XVI. pag. 275. sq.

heiße aber hier nicht soviel, als Callimachus sey von Brundusium nach Beryt abgeschifft, sondern er habe, statt nach Beryt zu steuern, einen ganz andern Weg genommen, und darin beruhe sein Versehen. Nun scheint zwar die Partikel quasi diese Erklärung zu begünstigen; allein das Wort *enavigare* kommt ja auch schon vorher in den Worten des Vertrags selbst vor, *nec enavigasset de ea civitate*, wie Tautellius lieset, und heißt nichts anders, als per navigium proficisci, wie dieser Ausdruck ebenfalls in den vorhergehenden Worten gebraucht worden ist, oder navem solvere, absegeln; in einer andern Bedeutung kommt das Wort *enavigare* nicht vor. Den kürzesten Weg, sich aus aller Schwierigkeit zu winden, schlägt Giffen (Giphan) ein. Er hält die ganze Clausel von *et cum ante Idus* an, bis auf das Wort *enavigavit* für einen unächten Zusatz, der nicht vom Scävola herrühre. Seine Gründe sind, 1) weil Scävola in seinen Gutachten gleich nach der Geschichtserzählung die Worte: *quaesitum est*, oder *quaero* beyzufügen pflege [26]). 2) Weil diese Clausel mit den folgenden Worten in einem offenbaren Widerspruche stehe, und keine von allen bisherigen Auslegungen denselben zu heben vermöge. 3) Weil, wenn auch eine Vereinigung derselben mit den folgenden Worten möglich wäre, je nachdem man entweder diese oder jene Emendation annimmt, dennoch daraus folgen würde, daß diese ganze Clausel überflüssig sey, da in den folgenden Worten das Nämliche gesagt werde. Allein zur Rechtfertigung einer so violenten Crisis sind diese Gründe viel zu unbedeutend. Da indes-

26) Man sehe z. B. *L. 75. L. 77. et seqq. D. ad SCtum Trebell.*

sen diese Clausel doch mit den folgenden Worten: cum secundum cautionem Callimachus merces debito (richtiger Beruto, wie auch Charron bemerkt hat) perferendas in navem misisset eo tempore, *quo iam pecuniam Brentesio reddere Romae perferendam deberet*, in offenbarem Widerspruche steht, indem ja diese Zahlung nach den vorhergegangenen Worten des Vertrags nur dann geschehen sollte, *si intra Idus Septembres non reparasset merces, nec enavigasset de Brentesio*, mithin ganz offenbar hieraus erscheint, daß das Absegeln des Schiffs von Brundusium nicht ante hos Idus erfolgt sey; so ist gewiß Alciats oder Donneaus Emendation allen andern vorzuziehen. Man wendet zwar ein, es sey zweifelhaft, ob die Worte cum *ante Idus suprascriptas* auf *enavigavit* gehen, sie könnten auch eben so gut auf die unmittelbar nachfolgenden Worte *secundum conventionem mercibus in navem impositis* bezogen werden, so daß hier die Zeit der Abfarth unbestimmt geblieben sey. Dieses letztere sey darum wahrscheinlicher, weil die nachfolgenden Worte: cum secundum cautionem Callimachus merces debito perferendas in navem misisset, wenn man mit Cujaz lieset, *sed eo tempore, quo iam pecuniam Brentesio reddere Romae perferendam deberet*, deutlich anzeigten, daß die Waaren zwar, dem Vertrage zu Folge, noch ante Idus Septembres wären auf das Schiff gebracht worden, aber doch zu spät, um noch ante Idus absegeln zu können. Allein da es nach dem Vertrage nicht blos darauf ankam, daß das Befrachten des Schiffs vor den Idus des Septembers geschahe, sondern daß auch das Schiff intra hos Idus absegeln sollte; so ist es, zur Deutlichkeit und Vollständigkeit der Ge-

schichtserzählung, gewiß weit natürlicher, die Worte *et cum ante Idus — enavigavit*, durch Einschaltung der Negationspartikel, so zu nehmen, daß das Schiff nicht ante Idus abgesegelt sey, wie es nach den Worten des Vertrags hätte geschehen sollen, zumal da die folgenden Worte klar besagen, daß nicht einmal das Einpacken der Waaren intra Idus geschehen war, sondern zu einer Zeit, wo, dieser Contravention wegen, schon der Verfalltag der Zahlung eingetreten war. Die Worte der zweyten Frage: Item quaero, *si Callimacho post diem suprascriptam navigante*, beweisen aber noch deutlicher, daß die Worte *et cum ante Idus — enavigavit*, durchaus nicht anders, als verneinend, nämlich daß das Schiff nicht intra Idus Septembres von Brundusium wieder nach Beryt abgesegelt sey, verstanden werden können, wenn die Geschichtserzählung vollständig seyn, und einen vernünftigen Sinn haben soll. Hiermit ist zugleich dem Einwande begegnet, daß es doch ein zu hartes und gewagtes Mittel der Critic sey, durch Einschaltung der Partikel *non* einer Schwierigkeit bey der Auslegung abzuhelfen. Denn mag es auch Wilhelm Best [27])

27) Ratio emendandi Leges. Cap. I. §. 15. pag. 60. Dennoch führt Best selbst Cap. XII. §. 11. pag. 202 ein Beyspiel aus *L.* 156. §. 2. *D. de div. Reg. iur.* an, wo statt der florentinischen Lesart: quod adversus eum nocuit, schlechterdings *non* nocuit gelesen werden muß. *Best* will zwar, um diese Negation zu umgehen, statt non est aequum durch Geminatione *nonne* est aequum lesen, und nach successit ein Fragezeichen setzen; allein daß *non* nocuit gelesen werden müsse, lehrt ja die *L.* 3. §. 2. *in fin. D. de itinere actuque priv.* unwidersprechlich. S. *Jo. Lud.* Conradi Observation. iuris

immerhin remedium omnium pessimum et diris execrandum nennen, so ist doch hier nicht leicht ein anderer Ausweg zu finden, den augenscheinlichen Widerspruch in dem Gesetz zu heben. In einem solchen Falle läßt sich diese Art der Emendation nach den allgemeinen Regeln der Critic sehr wohl rechtfertigen [28]). Es ist auch, wie Teisterbant bemerkt hat, beynahe zu glauben, daß die Negation eher mit Fleiß, als aus Unbedachtsamkeit sey weggelassen worden. Denn wie leicht konnten nicht die Worte: *secundum conventionem* täuschen, und die Ueberzeugung erwecken, eine Abreise post Idus Septembres könne damit nicht bestehen? Eben diese Worte sind auch wirklich ein Hauptgrund, warum mehrere obenangeführte, ältere und neuere Rechtsgelehrten, dem Alciat beyzustimmen, Bedenken gefunden haben. Allein nicht zu gedenken, daß diese Worte, so wie sie lauten, keinen andern Sinn haben können, als den, wie es dem Vertrage gemäß hätte geschehen sollen, so

civ. Vol. I. (*Marb.* 1782.) in Corrigend. et Addend. Sollte ja durch Gemination das non wiederherzustellen seyn, so würde ich eher der Muthmaßung des *Jac.* Gothofredus in Comment. in Tit. Pand. de div. Reg. iur. ad L. 156. §. 2. pag. 640. beypflichten, nach welcher in den florent. Pandecten das *nocuit* so geschrieben seyn soll: Nocuit, obwohl freylich Taurellius diese Gemination nicht angezeigt hat. Die Negation selbst bestärken auch die Basiliken Tom. I. pag. 82. S. Jauchius Medit. crit. de Negationibus in Pand. florentin. Cap. XVI. §. 47. p. 291. und Jensius ad Rom. iur. Pand. et Cod. Stricturæ pag. 522.

28) S. von Feuerbach civilistische Versuche 1. Th. Nr. III. S. 100. ff.

ist es überhaupt noch erst die Frage, ob die Worte *secundum conventionem* wirklich so gelautet haben. Es heißt ja nachher: cum *secundum cautionem* Callimachus merces Beruto perferendas in navem misisset eo tempore etc. Sollte es nicht vielleicht vorher auch so geheißen haben? Wie leicht sind beym Abschreiben die Worte conventio und cautio zu verwechseln? Und was heißt dann Cautio? Dieses Wort hat bekanntlich mancherley Bedeutungen [29]), und es wird darunter überhaupt jede Verfügung über Rechte und Verbindlichkeiten verstanden, sie geschehe durch Gesetz, Testament, oder Uebereinkunft der Partheyen [30]); so wie auch jeder schriftlicher Aufsatz, welcher aus Vorsicht zur Notiz oder zum Beweise einer Sache ist errichtet worden. Was hindert uns also hier unter *Cautio* das Verzeichniß der am Borde verladenen Waaren nebst der Rechnung über deren Werth zu verstehen, wie solches bey Befrachtung der Schiffe gewöhnlich ist, und die Factur, oder *Connoissement*, der Frachtbrief genennt zu werden pflegt? Callimachus hatte also die Bedingungen des Contracts nicht erfüllt, und warum? Er führet zu seiner Entschuldigung an, daß der zur Erhebung des Geldes auf diesen Contraventionsfall von dem Gläubiger mitgeschickte Sklave Heros in das spätere Absegeln des Schiffs von Brundusium eingewilliget habe. Es fragte sich also, konnte dieser Sklave durch seine Einwilligung den Callimachus

29) S. Brissonius de Verb. sur. Significat. voc. *Cautio*, und den 3. Th. dieses Commentars §. 243. S. 428.

30) Z. B. *Privatorum cautione* legum auctoritati non esse refragandam constat. *L.* 15. §. 1. *D. ad Leg. Falcid. L. ult. D. de suis et legitim. heredib.*

berechtigen, die ihm vorgeschriebene Zeit der Abreise von Brundusium zu verschieben, da demselben weiter nichts erlaubt oder anbefohlen war, als daß er das Geld post diem conventionis von dem Schuldner in Empfang nehmen, und nach Rom bringen sollte? oder haftet demohngeachtet Callimachus dem Herrn des Sklaven, für dessen Rechnung er das Geld zu Beryt empfing, für die Wiederbezahlung actione ex stipulatu? Scävola findet unter diesen Umständen kein Bedenken die Frage zu bejahen. Denn wie konnte der Sklave durch seine Einwilligung seinem Herrn die einmal erworbene Klage entziehen [31])? Eine andere Frage, welche Scävola hier noch entscheidet, war die, wenn dem erstern Sklaven, mit welchem Callimachus contrahirt hatte, (er wird hier wieder Heros genannt, es war aber der Sklave Stichus) auf einen gewissen Fall die Erlaubniß wäre ertheilt worden, sich das Geld zu jeder Zeit, und an jedem Orte, wo es ihm gefiele, wiederbezahlen zu lassen, und dieser die verspätete Abfarth des Schuldners aus Brundusium genehmiget hätte, ob nicht diese Genehmigung dem Schuldner zu statten komme? Nach dem strengen Rechte würde zwar auch in diesem Falle die actio ex stipulatu begründet seyn; allein der Schuldner kann sich dann gegen die Klage des Herrn wenigstens mit einer Einrede schützen. Unbedeutend ist es zwar, wenn in unserm Gesetz der Sklave Stichus, mit welchem Callimachus contrahirt hatte, in der Geschichtserzählung servus *Seji*, in der Stipulations-Formel aber servus *Lucii Titii* genennet wird, da dergleichen Namenverwechselungen bey den Röm. Rechtsgelehrten

31) *L. 3. Cod. de pactis. L. 59. D. eodem.*

nicht ungewöhnlich sind; aber widersprechend würde es seyn, wenn dem Sklaven Heros, dem nach den ausdrücklichen Worten der Geschichtserzählung weiter nichts erlaubt und anbefohlen war, als das Geld post diem conventionis in Empfang zu nehmen, und nach Rom zu bringen, zugleich auch die Erlaubniß wäre ertheilt worden, eam pecuniam quocunque tempore in quemvis locum reddi. Dieser Widerspruch fällt weg, wenn, statt Heros, vielmehr Stichus substituirt wird [32]). Es kann seyn, daß Scävola auch hier die Namen der Sklaven verwechselt habe. Daß aber Stichus wirklich gemeint sey, ist schon aus dem Beysatz suprascriptus servus zu erkennen; denn wozu bedurfte es dieses Beysatzes, da des Sklaven Heros kaum vorher erst gedacht war?

Aus Allem erscheint aber soviel, daß wenn der Gläubiger die Gefahr der ganzen Seereise übernommen hat, derselbe die Gefahr solange trägt, bis das Schiff glücklich wieder in den Hafen zurückkommt, aus welchem es abgesegelt ist; eher kann er auch das Capital nebst den Seezinsen nicht zurückfordern. Der Schuldner muß nur die ihm gesetzte Zeit, da er die Rückreise antreten sollte, pünktlich beobachten; sonst ist die Seereise mit dem Augenblick als vollendet anzusehen, und die Gefahr geht auf den Schuldner über. Ein etwa nachher zwischen dem Schuldner und der Person, welche von dem Gläubiger zur Begleitung mitgegeben war, geschlossener Vertrag kann dem letztern das ihm vermöge des Contracts erworbene Recht nicht wieder entziehen, wofern

32) S. Teisterbant Observation. et Emendat. libro Cap. 2. pag. 25. sqq.

er nicht von ihm genehmiget wird. Es ist nämlich, wie sich auch aus unserm Gesetz ergiebt, noch hierbey zu bemerken, daß es bey der trajectitia pecunia nicht ungewöhnlich war, von Seiten des Gläubigers einen Sklaven oder Freygelassenen mitzuschicken, dessen Bestimmung war, sowohl während der Reise darauf zu sehen, daß kein Betrug von Seiten des Schuldners oder des Schiffsmeisters gespielt werde, als auch nach geendigter Seefahrt, oder nach eingetretener Verfallzeit das Geld vom Schuldner beyzutreiben und in Empfang zu nehmen [33]). Einen solchen Begleiter nannten die Griechen Κερμάκολούθος, quasi foenori sequus [34]). Auch von einem solchen Sklaven trug der Gläubiger die Gefahr, weil er jedoch während der Seereise die Dienste desselben entbehrte, welche dagegen dem Schuldner auf dem Schiffe sehr nützlich seyn konnten; so pflegte sich der Gläubiger dafür, wie für das Capital, eine bestimmte Summe zu stipuliren.

Hat der Gläubiger die Gefahr nur für eine bestimmte Zeit übernommen, dieses ist der zweyte oben (S. 172.) angegebene Fall; so hört, wie Papinian in

33) *L.* 4. §. 1. *D. h. t. L.* 23. *D. de obligat. et act.* Die *Lex Rhodia* de nautico foenore verordnet: Ὁ δὲ χρήσας τὰ χρήματα, ἐπιπεμπέτω ἄνθρωπον ὃς ἂν ἐπιχρώνυται. Id est, *qui foenore nautico pecunias dedit mutuas, hominem etiam mittat, qui ei insuper commodatur, vel mutuo datur.* S. *Jac.* Cujacius Observationum Lib. V. cap. 38. *Claud.* Salmasius de modo Usurar. Cap. 8. pag. 305. sqq. *Ger.* Noodt de foen. et Usur. Lib. II. cap. 7.

34) S. Salmasius c. l. pag. 309. Giphanius Lectur. Alphin. pag. 965. nr. 23. und Hudtwalcker Diss. de foenore nautico Rom. §. 7.

der schon oben vorgekommenen *L. 4. pr. D. h. t.* lehrt, die Gefahr auf Seiten des Gläubigers in dem Augenblick auf, da diese Zeit verstrichen ist, wenn gleich das Schiff noch auf der See geht.

Der dritte Fall ist, wenn das Geld auf eine solche Art in das Schiff gegeben worden ist, daß dem Gläubiger nur dann ein Forderungsrecht zustehen soll, wenn das Schiff zur bestimmten Zeit glücklich in den bestimmten Hafen einlaufen wird. Von diesem besondern Falle handelt Paulus *libro XXV. Quaestionum*, woraus die *L. 6. D. h. t.* genommen ist, welche folgendermassen lautet:

Foenerator, pecuniam usuris maritimis mutuam dando, quasdam merces in nave pignori accepit, ex quibus si non potuisset totum debitum exsolvi, aliarum mercium aliis navibus impositarum, propriisque foeneratoribus obligatarum, si quid superfuisset, pignori accepit. Quaesitum est, nave propria perempta, ex qua totum solvi potuit, an id damnum ad creditorem pertineat, intra praestitutos dies amissa nave? an ad ceterarum navium superfluum admitti possit? Respondi, *alias quidem pignoris deminutio ad damnum debitoris, non etiam ad creditoris pertinet: sed cum trajectitia pecunia ita datur, ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit, ipsius crediti obligatio, non exsistente condicione, defecisse videtur: et ideo pignorum quoque persecutio perempta est, etiam eorum, quae non sunt amissa: si navis intra praestitutos dies perisset, et con-*

dicionem stipulationis defuisse[35]) *videri: ideoque sine causa de pignorum persecutione, quae in aliis navibus fuerunt, quaeri.* Quando ergo ad illorum pignorum persecutionem creditor admitti potuerit[36])? Scilicet tunc, cum condicio exstiterit obligationis, et alio casu pignus amissum fuerit, vel vilius distractum: vel si navis postea perierit, quam dies praefinitus exactus fuerit.

In dieſem Falle trägt alſo der Gläubiger die Gefahr, bis das Schiff zur beſtimmten Zeit glücklich angekommen iſt. Geht es vorher zu Grunde, ſo iſt die Bedingung des Contracts nicht eingetreten, und der Gläubiger hat ſeine Forderung verloren, ſo wie denn auch natürlich das ihm wegen derſelben gegebene Pfandrecht erloſchen iſt, wenn auch das Schiff, worauf die zum Pfand verſchriebenen Waaren befindlich ſind, glücklich gelandet wäre. Wäre hingegen das Schiff mit dem Gelde und Waaren glücklich angekommen, die Waaren wären aber bey der Landung durch einen andern Zufall zu Grunde gegangen, oder die Waaren wurden zu wohlfeile verkauft, ſo daß der daraus gelöſte Werth zur Befriedigung des Gläubigers nicht hinreichte, ſo bleibt dem Gläubiger ſein Pfandrecht an den auf einem andern Schiff noch befindlichen, ihm gleichfalls verpfändeten Waaren, eben ſo, als wenn das Schiff erſt nach dem Verfluß der Zeit untergegangen iſt, bis auf welche der Gläubiger die Gefahr übernommen hat[37]).

35) Cod. Erlang. hat *defecisse.* Eben ſo Baudoza.

36) Cod. Erl. lieſet *possit.* Haloander u. Baudoza *poterit.*

37) S. *Jac.* Cujacius Commentar. in librum XXV. Quaestion. Pauli ad h. L. (*Operum postum.* a *Fabroto* editor. Tom. II. pag. 1216. sqq.)

Die Größe der Seezinsen war vor Justinian gesetzlich nicht bestimmt, sondern blos der Uebereinkunft der Partheyen überlassen [38]). Paulus [39]) sagt in dieser Hinsicht: Trajectitia pecunia, propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, *infinitas usuras* recipere potest. Hierauf bezieht sich auch, wenn Justinian *L.* 26. §. 1. *Cod. de Usuris* sagt: In trajectitiis contractibus *veteribus legibus* centesimam excedere fuisse concessum. Allein Justinian beschränkte das nauticum foenus auf das Maximum der usura centesima, es mag nun entweder für die ganze Seereise überhaupt, oder nach einzelnen Zeitabschnitten, monatlich, oder jährlich bedungen worden seyn, es darf in dem einen Falle so wenig, als in dem andern die in dem Gesetz bestimmte Centesima übersteigen. Auch in dem ersten Falle wird das für die ganze Zeit bestimmte nauticum foenus nach soviel Monaten berechnet, als der Gläubiger die Gefahr des Capitals getragen hat, denn das bringt der Sprachgebrauch mit sich, nach welchem Centesima der hundertste Theil vom Capital heißt, der bey den Römern gewöhnlich in jedem Monate bezahlt wurde, bey der trajectitia pecunia aber erst nach geendigter Gefahr mit dem Capital für die ganze Zeit gefordert werden konnte, da der Gläubiger die Gefahr übernommen hatte. Hat also die Seereise nur etwa zwey oder drey Monate gedauert, so darf auch der Gläubiger nur für so viele Monate die Centesima for-

38) *Franc.* Duarenus Disputation. anniversar. Lib. II. cap. 3. *Jo.* Strauch de centesimis usuris. Cap. 5. pag. 45. *Ger.* Noodt de foen. et usuris. Lib. II. cap. 7. Salmasius de modo Usurar. Cap. 9. p. 369.

39) *Receptar. Sententiar.* Lib. II. Tit. 14. §. 3.

dern [40]). Dieſer Gewinn ſcheint zwar die Gefahr nicht aufzuwiegen, welche der Gläubiger übernimmt, und man möchte faſt ſagen, der Gläubiger thue beſſer, er nehme mit den gemeinen Zinſen vorlieb, als daß er für einen geringen Gewinn den Verluſt des Capitals riskirt. Daher baten auch die Kaufleute zu Conſtantinopel, es bey der alten Gewohnheit zu laſſen, nach welcher man ſich entweder für jeden Solidus in Gelde, einen Scheffel oder Maaß Getreide, oder wenn dieſes nicht gefiel, ſich den achten Theil des Capitals überhaupt, ohne Rückſicht auf eine gewiſſe Zeit, bis das Schiff glücklich an den beſtimmten Orte gelandet war, ausbedingen konnte. Juſtinian, in der Meinung, dieſe Gewohnheit ſey auch den beſtehenden Geſetzen nicht zuwider, trug kein Bedenken, dieſe angebliche Gewohnheit in der Novelle 106. zu beſtätigen. Allein gar bald von dem Gegentheile belehrt, hob er dieſe Novelle, durch ein neueres Geſetz, *Nov.* 110. dergeſtalt wieder auf, daß ſie für nicht geſchrieben gehalten, ſondern die das foenus nauticum betreffenden Geſchäfte nach den von ihm darüber gegebenen Geſetzen beurtheilt und entſchieden werden ſollten [41]). Die Worte dieſer an den Präfectus Prätorio Johannes gerichteten Novelle lauten nach Hombergks Ueberſetzung folgendermaſſen.

40) S. *Hug.* Donellus in Commentar. ad L. 26. §. 1. Cod. de Usur. nr. 2. pag. 243. Strauch cit. Diss. Cap. 5. pag. 46. *Io.* Loccenius de iure maritimo. Cap. 6. §. 5. in Heineccii Scriptor. iuris nautici. pag. 990. sqq.

41) *Jac.* Cujacius Exposit. Novellar. ad Nov. 106 et 110. *Fr.* Balduinus in Iustiniano. Lib. I. pag. 69. *Conr.* Rittershusius Iur. Iustinian. P. III. Cap. 11. nr. 7. et 8. *Ant.* Schulting Thes. controversar. Dec. XCVI. Th. 2.

Scimus ad relationem Celsitudinis tuae legem nos de trajectitiis pecuniis iam fecisse, quae iudicio tuo insinuata fuit.

Quoniam autem postea, cum interpellati essemus, ne lex illa valeret, mandantes, ut e judicio tuo tolleretur, eam vero in provinciis quibusdam iam insinuatam esse cognovimus: propterea sancimus, *ut lex illa plane cesset*, et si eam in provincias mitti contingat, ibi non valeat, sed invalida sit: atque ità rem illam procedere volumus, *quasi dicta lex nunquam scripta esset, sed secundum leges de illis a nobis iam latas negotia examinentur, et decidantur.*

Es verdient kaum einer Widerlegung, wenn Salmasius [42]) behauptet, Justinian habe durch diese Novelle die centesima bey den Seezinsen aufgehoben, und die ehemalige Freyheit wiederhergestellt, nach welcher es dem Gläubiger erlaubt war, sich für die pecunia trajectitia so viele Zinsen versprechen zu lassen, als der Schuldner bewilligte. Zwar sagt er, Haec certissima sunt et exploratissima; allein die letzten Worte dieser Novelle 110. secundum leges de illis *a nobis* iam latas hätten ihn überzeugen können, wie wenig es Justinians Absicht gewesen sey, die *L.* 26. *Cod. de Usuris* aufzuheben. Eben so unrichtig ist es, wenn Sal-

42) De modo Usurar. Cap. 9. pag. 377. Ihm stimmt zwar Stypmann Iur. maritim. P. IV. Cap. 2. nr. 267. bey; allein mit Recht hat schon Strauch cit. Diss. Cap. 5. pag. 45 diese Meinung verworfen.

masius [43]) behauptet, die centesima sey beym nauticum foenus nur überhaupt das Maximum, was man sich ausbedingen könne, ohne daß es auf die Zeit ankomme, wie lange die Seereise daure. Möge sie also in einem oder zwey Monaten vollendet werden, so könne der Gläubiger zwölf Procent fordern, eben so gut, als wenn sie ein ganzes Jahr gedauert hätte. Er könne aber auch nicht mehr, als die centesima, fordern, wenn die Seefarth länger, als ein Jahr, gedauert hätte. At lege *Justiniani*, sagt er, quae modum fixit trajectitiae pecuniae foenori, quocunque vela daturus esset mercator, et *in quantumcunque temporis spatium*, non plus licuit foeneratori ab eo usurarum nomine exigere, quam centesimam *in omne navigationis tempus*. — Nunquam enim, so erklärt er sich darüber noch an einem andern Orte [44]), trajectitiae pecuniae usurae ad instar communium cucurrerunt, ita ut *pro rata temporis*, ut loquuntur, exigerentur. Quod si ita processissent, nemo tunc inventus esset, qui non mallet millies bessibus, aut semissibus pecuniam sine periculo foenerare usuris communibus, quam centesimas stipulari, et longinquae navigationis periculo se obnoxium dedere. Hätte die centesima beym nauticum foenus anders berechnet werden sollen, als bey andern verzinslichen Anlehen, so wäre dieses eine Ausnahme von der Regel, wovon aber das Gesetz nichts enthält. Genau erwogen ging ja die Novelle 106. auf eine solche Gewohnheit, nach welcher das nauticum foenus nicht auf

43) Cit lib. Cap. 5. pag. 189.

44) Cit. lib. Cap. 9. pag. 378.

die Dauer der Zeit, sondern nur der ganzen Seereise berechnet war; allein Justinian hob sie auf, und verwieß auf seine Gesetze, zum deutlichen Beweis, daß in Rücksicht der Berechnung der Seezinsen keine Ausnahme Statt finden solle. Sie laufen nur in so fern nicht, wie gewöhnliche Zinsen, daß sie nicht in den sonst gewöhnlichen Zeitabschnitten, sondern erst nach geendigter Seereise zugleich mit dem Capital gefordert werden können. Sollte aber dabey kein Unterschied der Zeit Statt gefunden haben, sondern die centesima für die ganze Seereise dieselbe gewesen seyn, die Reise möge einen Monat, oder ein Jahr, oder noch länger gedauert haben; so würde diese Ungleichheit eine Unbilligkeit zur Folge gehabt haben, welche wenigstens für lange Seereisen jeden Gläubiger abgeschreckt haben würde, sein Geld in ein Schiff zu geben.

Uebrigens kannte das Justinianeische Zeitalter keine andere centesima, als diejenige, welche, wie die Novelle 106. lehrt, in der octava pars pro unoquoque solido, das heißt, in zwölf und ein halb Procent bestand, und auch beym Fruchtanlehn, bey welchem die Zinsen auch in Früchten entrichtet werden, wegen des ungewissen Preises derselben, angenommen war, wie aus der *Nov.* 32. *Cap.* 1. und *Nov.* 34. *Cap.* 1. erhellet. Daher sagt Cujaz[45]: Nam ut in pecunia usura *centesima* est, quae in singulos solidos quotannis reddit tres siliquas, id est, octavam partem solidi, ita in frumento *centesima* est, quae in singulos modios quotannis reddit sextarios duos, id est,

45) Exposit. Novellar. ad Nov. 32.

octavam partem modii. Proinde *usura centesima* est, quae in centenos solidos vel modios quotannis reddit duodenos semis. Haec est nova definitio *usurae centesimae:* vetus haec, quae in centenos solidos vel modios quotannis reddit duodenos.

Nachdem nun Justinian dem nauticum foenus eine gewisse Grenze gesetzt hat, so darf diese Grenze auch bey dem foenus quasi nauticum, oder in den Fällen, von welchen die *L. 5. D. h. t.* spricht, eben so wenig überschritten werden [46]), als das nauticum foenus das Duplum des Capitals überschreiten darf [47]).

Ist auf den Fall, da das in das Schiff gegebene Capital nicht zur bestimmten Zeit wieder bezahlt wird, eine Conventionalstrafe bedungen worden, welches bey den Römern nicht ungewöhnlich war [48]); so darf diese die gesetzmäßige Größe der gemeinen Zinsen nie übersteigen. Denn eine solche Pönal-Stipulation kann nur dann erst von Wirksamkeit seyn, wenn die Gefahr

46) Anderer Meinung ist zwar *Car.* Molinaeus Tr. de Usuris nr. 99 sq pag 119. und zwar aus dem Grunde, weil in den Fällen, wovon die *L. 5. h t.* redet, die Gefahr größer, und der Verlust wahrscheinlicher, als der Gewinn, sey, dahingegen bey dem nauticum foenus der Gewinn wahrscheinlicher sey, als der Verlust. Allein daß dieser Unterschied ungegründet, und in den Gesetzen nicht berücksichtiget sey, hat schon Salmasius de modo Usurarum. Cap. 9. pag. 372. sq. gezeigt.

47) S. Hudtwalcker cit. Diss. de foen. naut. Rom. §. 17 in fin.

48) *L. 23. D. de obligat. et action.*

der Seereiſe ſchon vorüber, und der Schuldner in mora iſt. Hier hört aber das nauticum foenus auf [49]). Der Römiſche Gläubiger konnte im Falle des Verzugs auch die täglichen Dienſte des Sklaven, den er zugleich mit dem Gelde auf das Schiff gegeben hatte, in Anſchlag bringen, weil er ſie länger, als es nöthig war, hatte entbehren müſſen. Auch dieſes Intereſſe richtete ſich nach der gemeinen Zinſengrenze. Dieß iſt der Sinn der Worte des Paulus, welche aus dem dritten Buche ſeiner Gutachten in der *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* folgendermaſſen lauten: Pro operis servi trajectitiae pecuniae gratia secuti, quod in singulos dies in stipulatum deductum est, *ad finem centesimae*, (i. e. ad modum et quantitatem centesimae, bis auf die geſetzliche Größe der gemeinen Zinſen, welche vor Juſtinian in der centesima beſtanden) *non ultra duplum debetur*, (id est, *nec* ultra duplum debetur.) So haben dieſe Stelle auch Cujaz [50]) und Noodt [51]) verſtanden. Unrichtig hingegen iſt es, wenn Duaren [52]) ſagt: Propositum fuerat *Papiniano*, usuram centesimam stipulatum esse creditorem, quamvis licuisset in infinitum stipulari; et ideo respondit, ultra eam non deberi, nec ultra centesimum mensem, quo exaequatur sorti, peti posse. Denn wie konnte dem Papinian ein ſolcher Fall vorgelegt werden, bey welchem mehr nicht,

49) *L.* 4. *pr. D. h. t.*

50) Obſervation. Lib. V. cap. 38 und ad Africanum Tract. VII. ad L. 23. D. de obligat. et action.

51) De foen. et Usuris. Lib. II. cap 7.

52) Commentar. in h Tit. Pand. *Oper.* pag. 1002. und Disputation. anniversar. Lib. II. cap. 3.

als die centesima, war ſtipulirt worden? Hier verſtand es ſich ja ſchon von ſelbſt, daß auch nicht mehr gefordert werden konnte. Und wie konnte denn das foenus trajectitiae pecuniae auf hundert Monate ausgedehnt werden, da keine Verſendung über See ſo lange dauerte? Ueberdem iſt ja auch hier nicht von den Zinſen des Capitals, ſondern von einer Vergütung für den entbehrten Gebrauch der Dienſte des zur See mitgeſchickten Sklavens des Gläubigers die Rede, wie auch ſchon Salmaſius [53]) gegen Duaren ſehr richtig bemerkt hat. Wenn jedoch Salmaſius dieſe Stelle ſo erklärt, was ſich der Gläubiger für die Dienſte des Sklaven, den er zur Begleitung des in das Schiff gegebenen Geldes mitgeſchickt hatte, verſprechen ließ, und ihm nach geendigter Seereiſe (ad finem navigationis) bezahlt werden ſollte, könne über eine doppelte centesima nicht gefordert werden, und nun damit ſchließt: Certissimum itaque est, scripsisse Papinianum, *quod in stipulatum deductum est, ad finem* (sc. navigationis) *centesimae non ultra duplum debetur*, i. e. *non ultra duplam centesimam*; ſo hat er darin offenbar Unrecht. Denn von einer doppelten Centesima iſt hier gar keine Rede, und die Worte *ad finem* von der geendigten Seefahrt zu erklären, iſt zu räthſelhaft, als daß eine ſolche Erklärung, wegen der daraus entſtehenden höchſt gezwungenen Conſtruction, auch nur vor dem Richterſtuhl der Grammatik Gehör finden ſollte. Hiermit iſt denn auch über die ſeltſame Critic des Haloanders das Urtheil geſprochen, welcher die Worte *pro operis servi trajectitiae pecuniae gratia secuti* mit den letztern Worten des Princi-

53) De modo usurar. Cap. 8. pag. 307. et cap. 9. pag. 347.

pium dieſer Stelle verbindet, und den §. 1. mit den Worten anfängt: *Quod in singulos dies*, die letzteren Worte aber folgendermaſſen verſetzt: ad finem *non ultra duplum centesimae* debetur; wodurch er den Buddäus [54]) verleitete, dem Papinian die Meinung unterzuſchieben, als hätten die Zinſen eines Seeanlehns die doppelte Centesima nicht überſchreiten dürfen. Nicht minder verwerflich iſt die Critic des Hotomanns [55]), welcher die Worte *non ultra duplum* ganz wegſtreichen will.

Hatte ſich der Gläubiger, auſſer dem nauticum foenus, noch auf den Fall, da der Schuldner nach geendigter Gefahr das Capital nebſt den bedungenen Seezinſen wieder abzutragen ſäumen würde, Verzugszinſen ſtipulirt, und dieſe betrugen weniger, als die gemeinen Zinſen, ſo konnte er durch eine zweyte Stipulation wegen Vergeltung der entbehrten Sklavendienſte dasjenige, was an der legitima usura fehlte, noch ergänzen. Hierauf gehen die letzten Worte des Papinian's, welche ſo lauten: In stipulatione foenoris *post diem periculi* separatim interposita, quod in ea legitimae usurae deerit, *per alteram stipulationem operarum* supplebitur.

Nach der Nov. 106. ſollten zwar dem Schuldner, nachdem das Schiff glücklich gelandet hatte, 20 Tage Zeit gelaſſen werden, um die Waaren zu verkaufen, ſo daß ihm während dieſer Friſt keine Zinſen angerechnet werden ſollten. Bliebe aber der Schuldner nach Ablauf

54) Annotat. in Pand. h. t.

55) Observation. Lib. V. Cap. 17. S. auch Jauch Meditat. crit. de Negationib. in Pand. flor. pag. 214.

dieſer zwanzig Tage Nachſicht mit der Bezahlung in längerem Rückſtande, ſo ſollte er von nun an, bis zur Bezahlung, das Capital mit acht Procent verzinſen. Cujaz [56]) glaubt auch, es ſey dieſes durch die allgemeine Verordnung der Nov. 110. nicht abgeändert worden. Allein, da die Nov. 106. durch die Nov. 110. dergeſtalt aufgehoben worden iſt, *quasi dicta lex nunquam scripta esset*, ſo kann es auch in dieſem Punct nicht mehr gelten.

Die Klagen aus dem Geſchäft, das über ein nauticum foenus geſchloſſen worden iſt, ſind verſchieden, nach der Verſchiedenheit der Form, wie es die Partheyen eingegangen haben. Es iſt nämlich entweder durch einen bloßen Vertrag, oder durch Stipulation geſchloſſen worden. Im erſten Falle findet eine *condictio ex Lege* [57]), welche man auch *condictio trajectitiae pecuniae* nennen kann, in dem andern Falle aber *actio ex stipulatu* [58]) ſtatt. Dieſe Klagen ſind es auch, welche in den Fällen eines ſo genannten foenoris quasi nautici anzuſtellen ſind, von welchen die *L. 5. D. h. t.* ſpricht [59]).

Heut zu Tage iſt wohl das foenus nauticum nicht ſo gewöhnlich, als es bey den Römern war, doch läßt ſich nicht behaupten, daß es auſſer Gebrauch gekommen

56) Observation. Lib. XXVII. cap. 37.

57) *L. 7. D. h. t.* S. den 13ten Theil dieſes Commentars §. 842. S. 246. Schmidt in dem pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 732. ff. nennt dieſe Klage *actio de nautico foenore.*

58) *L.* 122. §. 1. *D. de Verb. Oblig.*

59) S. Stypmann iur. maritim. P. IV. Cap. 2. nr. 314. et 315.

ſey [60]). Indeſſen weicht das heutige Recht darin von dem Römiſchen ab, daß man ſich bey der Beſtimmung der Zinſen nicht mehr an die von Juſtinian beſtimmte centesima bindet, ſondern dieſelben nach der Größe der Gefahr, welche der Gläubiger übernimmt, zu beſtimmen pflegt [61]).

§. 1141.

Aſſecuranz, beſonders der Schiffe, und der darauf geladenen Waaren.

Verſchieden vom nauticum foenus iſt zwar das See-Aſſecuranz-Geſchäft, jedoch konnte dem Römer auch erſteres, wenn er Geld über See ſchuldig war, ſtatt einer Aſſecuranz dienen, wenn er mit dem Gläubiger einig ward, daß dieſer gegen höhere Zinſen die Gefahr des Capitals übernahm [62]). Denn unter Aſſecuranz im allgemeinen Sinn verſteht man überhaupt denjenigen Vertrag, wodurch Jemand die Gefahr einer fremden Sache für eine gewiſſe Belohnung auf eine beſtimmte Art übernimmt. Der Unterſchied zwiſchen *foenus nauticum* und Aſſecuranz beſteht nur darin, daß bey dem erſtern ein Darlehn gegeben wird, welches der Gläubiger mit den bedungenen Zinſen verliert, wenn das Schiff ohne Schuld des Debitors untergeht; bey der letztern aber der Aſſecurant für eine gewiſſe Belohnung ſich ver-

60) *Jo. Gottfr.* Sieber Diss. de argentariis, eorumque inprimis officiis. Cap. I. §. 7.

61) *Sam.* Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 1. *Ant.* Schulting Thes. controv. Decad. LXXXXVI. Th. 2. *Ger.* Noodt de foen. et usuris. Lib. II. cap. 14.

62) S. Hudtwalcker Diss. de foenore nautico Rom. Cap. 3. in fin.

bindlich macht, den bestimmten Werth einer Sache zu ersetzen, wenn sie in einer zu befürchtenden Gefahr zu Grunde gehen sollte. Eine solche Assecuranz setzt also nicht, wie das nauticum foenus, ein Darlehn voraus, welches der Gläubiger in einer zu befürchtenden Gefahr zu verlieren riskirt, und geht auch nicht blos auf Sachen, welche zur See verschifft werden, sondern findet auch bey anderen Sachen Statt, welche der Gefahr des Untergangs leicht unterworfen sind. Man theilt daher die Assecuranz nach Verschiedenheit ihres Gegenstandes ein in die Assecuranz zur See (*assecuratio maritima*) und in die Assecuranz zu Lande, (*assecuratio terrestris*). Zu der letzteren Art gehören z. B. die Häuser- Vieh- und Erndte-Assecuranzen. Die erstere, welche die Gefahr der Schiffe, und der darauf geladenen Waaren zum Gegenstande hat, ist jedoch unter Kaufleuten die gewöhnlichste, welche daher auch Assecuranz im engern und eigentlichen Sinne genennt wird [63]). Die Belohnung,

63) *Franc.* Stypmann de adsecuratione usitatissimo hodie inter mercatores contractu; in Eius iure maritimo. P. IV. Cap. 7. *Rein.* Kuricke Diatr. de adsecurationibus; adj. Eius iuri maritim. hanseat. inter Scriptores de iure nautico ab Heineccio edit. pag. 829. sqq. *A.* Baldasseroni Tratt. delle assecurationi marittime. *Florentiae* 1786. 4. Mic. Magens Versuch über Assecuranzen, Havereien und Bodmereien. Aus dem Englischen. Hamburg 1753. 8. *Sim. Henr.* Gondela Diss. de contractu assecurationis. *Goettingae* 1788. *God. Dan.* Hoffmann Diss. de assecuratione aedium. *Tubingae* 1761. *J.* Weskett Theory, laws and practice of insurances. *London* 1721. und teutsch unter dem Titel: Weskett Theorie und Praxis der Assecuranzen; aus dem

welche der Assecurant für die Uebernehmung der Gefahr erhält, wird die Prämie oder der Versekerlohn genennt, und die Größe derselben nach der Größe und Wahrscheinlichkeit der übernommenen Gefahr durch Uebereinkunft der Interessenten bestimmt, jedoch so, daß sie immer mit der Summe, welche der Assecurabeur auf den Fall des Untergangs des Schiffs zur Entschädigung verspricht, im Verhältniß stehen muß [64]). Gewöhnlich besteht diese Prämie in Gelde; sie kann aber auch in andern Sachen bestehen, und wird dem Assecurabeur, in der Regel sogleich bezahlt, nachdem derselbe die Urkunde, welche den geschlossenen Vertrag enthält, und Polizza oder Police genennt wird [65]), unterschrieben hat. Der Assecuranzvertrag muß schriftlich geschlossen werden, und an allen Seeorten sind deshalb gedruckte Formulare vorhanden, die dann nur einer bloßen Ausfüllung bedürfen [66]). Die Gefahr übernimmt der Assecurabeur gewöhnlich für

Engl. übers. und mit Anmerk. u. Zusätzen vermehrt von Engelbrecht. Lübeck 1782. 3. Bde 4. Joh. Andr. Engelbrecht's vollständ. Assecuranzwissenschaft. Lübeck 1787. 8. *B. M.* Emérigon Traite des assurances. *Paris* 1784. 2. Tom. 4. May Versuch einer Einleitung in die allgemeine Assecuranzwissenschaft, u. Wilh. Benecke System des Assecuranz- und Bodmereiwesens. 3 Bände. Hamburg 1805—1807. 8.

64) *Franc. Mich.* Poppe Diss. de litium assecurationis causa orientium decisione. *Goett.* 1752. Cap. I. §. 7.

65) *Jo.* Werlhof Diss. de instrumento assecurationis, vulgo Polizza. *Lipsiae* 1736. 4.

66) *Jo. Matth.* Hasse Diss. de indole et effectibus instrumenti adsecurationis, quod vulgo Polizzam vocant. *Goettingae* 1796.

die ganze Seereise, zuweilen aber auch nur auf eine bestimmte Zeit, und dann schränkt sich das Risico auch blos auf diese ein, so daß nun der Assecurant für weiter nichts steht, wenn auch die Seereise noch nicht vollendet seyn sollte. Die Gefahr kann auch zuweilen nur von einem gewissen Orte bis zu einem andern übernommen seyn. Solche Fälle gehören indessen zu den Ausnahmen. Ist daher über die Zeit der Gefahr nichts bestimmt, so wird angenommen, sie erstrecke sich bis dahin, da das Schiff an den bestimmten Ort glücklich angekommen ist, so daß die Gefahr von dem Moment ihren Anfang nimmt, da die Waaren vom Lande an Bord des in der Polizza benannten Schiffes gebracht, und dem Capitain übergeben worden sind, und dann aufhört, wenn dieselben ausgeladen sind, welches aber, nachdem das Schiff gelandet hat, ungesäumt, oder binnen der in der Polizza, oder in der Assecuranzordnung bestimmten Zeit geschehen muß [67]). In der Regel geschieht die Versicherung auf Casco, das ist, auf Schiff und Ladung als ein Ganzes, sie kann aber auch auf Stückgut, das ist, auf einzelne Schiffsgüter geschlossen werden. Darnach bestimmt sich dann auch die Größe des Schadenersatzes. Der Assecuradeur steht jedoch nur für die Gefahr, welche durch äussern Unfall, Strandung, Sturm, Ueberseglung u dgl. entstanden ist. Dahingegen ist er innern Verderb der Waaren, dem sie ihrer Natur nach unterworfen sind, wofern nicht zufällige Hindernisse der Seereise darauf Einfluß gehabt haben, so wenig, als den

67) Poppe cit. Diss. Cap. I. §. 9. Gondela Diss. cit. §. 21. Hasse cit. Diss. §. 14. et 16. und Beneke System des Assecuranz- und Bodmereiwesens. 2. Band S. 205. ff.

durch eigne Schuld des Assürirten oder Versicherten direct oder indirect verursachten Schaden zu ersetzen, noch auch die Reisekosten, sie seyen gewöhnliche, oder Kosten des unvorhergesehenen Aufenthalts, z. B. wegen ansteckender Krankheiten, zu tragen schuldig, wofern sich nicht der Assecurabeur auch zu deren Ersatz ausnahmsweise verpflichtet hat [68]). Zum Zweck der Entschädigung des Versicherten sind übrigens zwey Wege denkbar. Der Versicherte kann nämlich nach vorgefallenem Unglück entweder durch den Versicherer in den Stand gesetzt werden, worin er bey glücklicher Ankunft des versicherten Gegenstandes am Bestimmungsorte gewesen seyn würde; oder er wird von demselben nur wieder in die Lage versetzt, worin er sich befunden haben würde, wenn er die durch Unglück vereitelte Speculation gar nicht unternommen hätte. Der letztere Weg ist jedoch in der Praxis der gewöhnliche, der erstere zwar dem Zweck des Kaufmanns mehr angemessen, jedoch, seiner Anwendbarkeit nach, davon abhängig, ob überhaupt die Gesetze des Staats Versicherungen auf gehoften Gewinn erlauben, oder verbieten [69]). Der Assecurabeur erstattet also, in Absicht auf

68) S. Gondela cit. Diss. §. 18. Hasse cit. Diss. §. 21. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 2. B. §. 213. Schmalz Lehrbuch des teutschen Privatrechts. §. 329. u. 330.

69) Beneke im angef. System. 1. Band. Kap. 4. Abschn. 1. S. 404. ff. Man vergleiche auch die Abhandlung, welche den Titel führt: A System of the Law of marine Insurances, with three charters on Bottomry, on insurances on Lives, and on insurances against Fire. By *James Allan* Bark Esq. of Lincoln's Inn, Barrister at Law. *London* 1777. S. 1—468.

den Werth der Waare, der Regel nach nur die dafür in der Police durch Taxation am Abgangsorte angenommene Summe, und diese Summe wird dem Versicherten, im Falle eines totalen Schadens, ganz, im Falle eines partiellen aber, für den vernichteten Theil der Waare, ersetzt. Da jedoch der Preis jeder zu versendenden Waare durch die darauf zu verwendenden Kosten bis an den Bord, so wie durch die Assecuranzprämie nothwendig erhöhet wird; so müssen solche, da beyde Ausgaben, als ein Theil des Einkaufspreises angesehen werden, bey Bestimmung des zu versichernden Werthes in Rechnung gebracht, und von dem Assecurabeur in Schadensfällen mit ersetzt werden. Noch ist zu bemerken, daß den Assecurabeur sein durch die Versicherung erworbenes Interesse berechtige, die übernommene Gefahr auch einem Andern wieder zu übertragen, das heißt, er kann sich reassecuriren lassen. Ein solcher Reassecurabeur tritt dann zum ersten Assecurabeur in dasselbe Verhältniß, worin dieser zu dem Versicherten steht. Durch eine solche Reassecuranz wird aber das vorige Verhältniß auf keine Weise verändert. Der erste Assecurabeur bleibt daher dem Versicherten zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er auch wegen Insolvenz des Reassecurabeurs nicht zum Wiedererſatz gelangen könnte. Eben so wenig hat aber auch der Versicherte einen Regreß an den Reassecurabeur, wenn sein Versicherer insolvent geworden seyn sollte. Denn zwischen dem Assecurirten und dem Reassecurabeur entsteht keine Obligation[70]. Auf jeden Fall

70) Poppe Diss. cit. Cap. I. §. 10. Gondela Diss. de contr. assecurat. §. 12. Beneke System des Assecuranz- und Bodmereiwesens. 1. Bd. 4. Abschn. S. 281. ff.

muß jedoch der Versicherte, wenn der Assecuradeur zum Schadenersatz verbunden seyn soll, nicht nur den Unglücksfall, wodurch der versicherte Gegenstand zu Grunde gegangen oder beschädigt worden ist, sondern auch sein Risico, d. i. seinen Verlust, und die Größe des Schadens beweisen [71]). Ob Seeassecuranzen schon bey den Römern vorgekommen sind? ist unter den Gelehrten streitig. Soviel ist richtig, daß sich in dem Römischen Gesetzbuche keine Spuren davon finden. Zwar könnten vielleicht die in den Römischen Gesetzen vorkommenden häufigen Stipulationen: Dabis, si navis venit? und si navis non venit [72])? auf eine Assecuranz hindeuten, wie auch wirklich einige geglaubt haben [73]). Allein die Auslegung, der Eigenthümer stipulirt sich den Werth, si navis non venit, und sein Promittent stipulirt sich die Prämie, si navis venit, scheint doch etwas zu sehr gezwungen zu seyn, indem es weit natürlicher ist, in diesen Stipulationen Wetten zu finden, die bey den Römern erlaubt, und auch nicht ungewöhnlich waren [74]). Daß die Römer keinen eignen Namen für das heutige Assecuranzgeschäft hatten, thäte nichts zur Sache, da die Form der Stipulation hinreichend gewesen wäre. Es fragt sich aber, ob nicht wenigstens in den Römischen

71) Gondela cit. Diss §. 16.

72) *L.* 63. *L.* 129. *D. de Verb. obligat.*

73) *Corn* Hoffmann Diss. de cambiis et de commerciis Veterum. pag 91. *Jo. Gottfr.* Sieber Diss. de argentariis, eorumque imprimis officiis. Cap. I. §. 7. Hugo Ob die Römer Assecuranzen hatten? in Dessel. civilist. Magazin 2. B. Nr. V. S. 129. ff.

74) S. den II. Th. dieses Commentars. §. 760.

Claſſikern einzelne Fälle von den jetzt unter Kaufleuten ſo gewöhnlichen Aſſecuranzen vorkommen? Reimarus[75]) und ſchon vor ihm Heinrich von Cocceji[76]) wollen dergleichen wirklich bey Cicero und Livius gefunden haben. Cicero[77]) ſchreibt nämlich in einem ſeiner Briefe an den Proquäſtor Salluſtius: Laodiceae me praedes accepturum arbitror omnis pecuniae publicae, ut et mihi et populo cautum sit sine vecturae periculo. Cicero ſchrieb dieſen Brief im Jahre der St. R. 703. in welchem er Proconſul in Cilicien war. So ungern er dieſes Amt übernommen hatte, ſo ſehr lag ihm bey Endigung deſſelben am Herzen, daß alle die pecunia publica, welche unter ſeiner Direction und Aufſicht von dem Proquäſtor und den Präfecten war verwaltet worden, und worunter nicht blos das zum öffentlichen Gebrauche beſtimmte baare Geld, ſondern vorzüglich auch die während ſeines Amts gemachte Beute begriffen war, ſicher nach Rom gebracht werde, um darüber den Quäſtoren in Rom Rechnung ablegen zu können. Denn er ſchmeichelte ſich nicht ohne Grund mit der Hoffnung, daß ihn ob integritatis laudem die Ehre des Triumphs erwarte[78]). Er gedenke es daher, ſchreibt er deshalb

75) Deſſelben Aufſatz hierüber ſteht in der Handlungsbibliothek von Büſch und Ebeling B. 3. St. 1. Nr. 3.

76) Diss de assecuratione. §. 4. in Exercitat. Curios. Vol I. Diss. 86.

77) *Ad Familiares Lib II. Epist.* 17.

78) Cicero *Epist. ad Familiares Lib. II. Ep.* 12. Spero me integritatis laudem consecutum: non erat minor ex contemnenda, quam ex conservata provincia. *Spem triumphi?* inquis. Satis gloriose triumpharem, si non essem quidem tam diu in desiderio rerum mihi carissimarum.

an den Salluſt, damit ſo zu halten, daß er zu Laodicea praedes annehmen werde, damit er und das Volk geſichert ſey, wenn etwa das Geld mit der Beute auf der See verloren gehen ſollte. Alles kommt nun darauf an, wer dieſe *praedes* ſind? Sind es etwa Aſſecuradeurs? Dafür hält ſie Reimarus. Nun iſt nicht zu läugnen, daß *Praedes* bey den Römern im allgemeinen Sinne alle diejenigen genennt wurden, welche, zur Sicherheit einer gewiſſen Leiſtung, ſich und ihr Vermögen entweder einer Privatperſon oder auch dem Volke ſelbſt auf irgend eine Art, als Bürgen, oder auch im eigenen Namen verpflichteten [79]). Inſonderheit aber wurden diejenigen *Praedes* genennt, welche in Sachen öffentlicher Gelder dem Staat Sicherheit leiſteten, daher man auch im eigentlichen Sinn diejenigen Grundſtücke, welche dem Staat zur Sicherheit waren verpfändet worden, *Praedia* nannte. Folgende Stellen der Claſſiker laſſen hieran nicht zweifeln. Der Römiſche Grammatiker Varro [80]) lehrt: *Praes* est, qui a magistratu interrogatus, in publicum ut praestet, a quo, cum respondet, dicitur *Praes*. Die Worte: *in publicum ut praestet*, erklärt Heyne [81]) ganz richtig ſo: publico sc. aerario Rei-

79) Brissonius de Verbor. iuris Significat. voc. *Praes*. Duker Opusc. var. de Latinitate JCtor. Vet. p. 83. sq. Polletus Historia fori Rom. Lib. V. Cap. 1. p. 408. und beſonders *Christ. Gottl.* Heyne Diss. de iure praediatorio, praeside *Jo. Aug.* Bachio def. *Lipsiae* 1752. §. 5—10.

80) *De Lingua Lat.* Lib. V. cap. 7. pag. 59. ed. *Stephan.*

81) Cit. Diss. §. 5. pag. 13.

publicae ut caveat. Aus dem Varro scheint entlehnt zu seyn, was Festus, oder desselben Breviator sagt: *Praes* est is, qui populo se obligat, interrogatus a magistratu, si praes sit, ille respondet: *Praes*, oder wie Heyne, der diese Stelle für corrupt hält, die letztern Worte emendirt: *interrogatusque a magistratu, ut praestet, si respondeat, dicitur praes.* In Verbindung mit *Praes* erklärt nun Varro [82]) auch, was *Praedia* sind. *Praedia*, sagt er, dicta, item ut praedes, a praestando, quod *per ea* [83]) pignori data publice mancupes fidem praestent; und in Beziehung auf diese Wortableitung sagt Festus: *Manceps* dicitur, qui quid a populo emit conducitve, quia manu sublata significat, se auctorem emtionis esse, qui idem *praes* dicitur, quia tam debet praestare (populo), quod promisit, quam is, qui pro eo *praes* factus est. Alles dieses bestätigt denn auch Cicero [84]), wenn er sagt: *Praedibus et praediis populo cautum est.* Daß aber auch in Privatsachen Praedes Statt gefunden haben, beweißt der bekannte Vers des Ausonius [85]):

Quis, cum lis fuerit numaria? quis dabitur? Praes.

Doch waren die praedes in causis pecuniae publicae bey weitem gewöhnlicher [86]), wie dieß auch der Fall bey

82) Lib. IV. *de L. L.* cap. 4.

83) So lieset statt ea richtiger Salmasius de modo Usurarum. Cap. XVI. pag. 735.

84) Cicero *in Verrem.* Lib. I. cap. 54.

85) In Monosyllabis. Idyll. V. v. 100.

86) Solche Praedes kamen unter andern vor, wenn Jemand ein Anlehn aus der Staats-Casse empfieng. Livius

Cicero beweißt. Gedenkt man ſich nun, welches ſehr natürlich iſt, und auch die Analogie vom nauticum foenus für ſich hat, daß ſolche Praedes, wenn ſie nicht blos als Bürgen, ſondern in eignem Namen fremde Gefahr zur See übernahmen, es gewiß nicht umſonſt werden gethan haben; ſo gewinnt die Meinung des Reimarus, daß die Praedes des Cicero nichts anders, als Aſſecurörs geweſen ſind ungemein viel Wahrſcheinlichkeit. Indeſſen läßt ſich freylich auch noch Manches dagegen einwenden. Denn auch davon abgeſehen, daß die Worte *sine vecturae periculo* eine zwenfache Auslegung zulaſſen, indem ſie eben ſo gut ſo verſtanden werden können, Cicero habe zu Laodicea praedes angenommen, welche ihm das Geld zu Rom wieder auszahlen ſollten, was er ihnen zu Laodicea gegeben hatte, um auf ſolche Art die Gefahr des Transports zur See zu vermeiden; als ſie den Sinn haben können, daß dieſe praedes für die Gefahr ſtehen wollten, wenn etwa das Geld auf der Seefarth verunglücken ſollte; daher auch Reimarus zu Folge einer alten Handſchrift lieber *a vecturae periculo* geleſen wiſſen will, obwohl auch damit die Zweydeutigkeit noch nicht gehoben zu ſeyn ſcheint; ſo iſt der Fall gar wohl möglich, daß dieſelben Leute, mit denen

Lib. XXII. c. 60 auch VII. 21. Tacitus *Annal.* Lib VI. c. 17. Cicero *ad Diversos.* Lib. V. *Epist* 20. Ferner bey Pachtungen öffentlicher Vectigalien, oder öffentlicher Werke und Bauungen. Cicero *in Verrem* Lib. I. c. 54. et ad Eund. Asconius. Cicero Or *pro Balbo* cap. 20. Suetonius *in Claudio.* cap. 9. Nicht minder bey öffentlichen Geldſtrafen. Gellius *Noct. Attic.* Lib. VII. cap. 19.

Cicero in Laodicea contrahirte, in Rom die Zahlung geleistet haben können. Solche Anweisungen waren auch den Römern gar nicht unbekannt [87]). Hierzu kommt, daß Cicero ausdrücklich das, wofür er praedes nehmen würde, *pecunia* nennt. Dieses Wort durch Geld zu übersetzen, scheint wenigstens dem Sprachgebrauche der Classiker angemessener zu seyn, als andere Sachen darunter zu verstehen. Es war auch wohl das Recht eines Proconsuls über seine Beute nicht so gar sehr beschränkt, daß er nicht auch Manches davon für Rechnung der Republik hätte verkaufen können. Dieß sind die nicht unbedeutenden Gründe, welche Herr Hofr. Hugo [88]) der Meinung des Reimarus entgegengesetzt hat. Nach Hugo wären also die praedes, welche Cicero suchte, keine Assecuranten, sondern sie standen nur dafür ein, daß entweder das Geld, welches er ihnen in Laodicea auszahlte, in Rom zurückgegeben, oder daß der Kaufpreiß dessen, was er ihnen sonst überließ, in Rom entrichtet werden sollte. Cicero wollte in jenem Falle ein mutuum, in diesem eine emtio venditio schließen; die praedes waren dabey nur etwas Accessorisches, aber sie wurden genannt, ohngefähr, so wie man bey uns sagt: man suche eine Hypothek, statt, einen Schuldner, der auch noch obendrein Hypothek stellen könne." Zu mehrerer Unterstützung dieser Erklärung fügt Hr. Hofr. Hugo noch hinzu: „Ohne Sicherheit ward im Namen des Staats nicht leicht contrahirt, und man sagte daher eben so leicht, der magistratus habe praedes für Etwas genommen, als er habe mit einem manceps, redem-

87) S. den 18. Th. dieses Commentars. §. 1071. S. 192.

88) Civilist. Magazin. 2. Band. S. 133. f.

tor u. s. w. contrahirt." Ich muß bekennen, daß ich vormals selbst der Meinung war, Cicero habe sich durch die praedes in Laodicea nur wegen der in Rom zu verrechnenden pecunia publica eine sichere Anweisung zu verschaffen gesucht, auf welche er das Geld, was er denselben in Laodicea auszahlte, in Rom wieder bekommen könnte, ohne sich und das Volk der Gefahr aussetzen zu dürfen, daß das Geld auf dem Transport zur See verlohren gehen könnte [89]). Allein nach genauerer Erwägung dessen, was der verstorbene Dr. Kölle in seiner Inauguralschrift jenen Gründen entgegengesetzt hat, bin ich geneigter, der vom Kölle vertheidigten Meinung des Reimarus beyzupflichten. Daß der Ausdruck pecunia publica allerdings auch auf die praeda hindeute, lehrt der ganze Zusammenhang der Worte. Denn unmittelbar vorher sagt ja Cicero ausdrücklich: *De praeda mea*, praeter quaestores urbanos, id est, populum Romanum, teruncium nec attigit, nec tacturus est quisquam. Nun heißt es gleich darauf: Laodiceae me praedes accepturum arbitror OMNIS *pecuniae publicae*. Bestand also nicht etwa die Beute selbst im baaren Gelde, wie die zum öffentlichen Gebrauche bestimmte pecunia, so ist sie unter der *omnis pecunia publica* unläugbar mit begriffen. Die folgenden Worte lassen hierüber noch weniger Zweifel übrig. Quod scribis ad me de drachmis CCCLIII. nihil est, quod in isto genere cuiquam posse commodare. *Omnis enim pecunia ita tractatur, ut praeda a praefectis:*

89) Praedes periculi maritimi apud Romanos. Commentatio ad illustrandum locum Ciceronis (ad Div. II, Ep. 17.) auctore *Henr. Christ. Ernest.* Korlle J. U. D. *Halae.* 1795. 8.

quae autem mihi attributa est, a quaestore curetur. Cicero, welcher damals ſich, nach Endigung ſeines Proconſulats, zu ſeiner Rückreiſe nach Rom anſchickte, hatte alſo auch ſchon wegen der Beſorgung der pecunia publica ſeine Anordnung getroffen. Von einem Darlehn an irgend Jemand in Laodicea, oder von einem Verkaufe der Beute daſelbſt, geſetzt auch daß ſie dem Proconſul freygeſtanden hätte, konnte folglich gar keine Rede ſeyn. Nach Hugo ſollen nun aber die praedes, welche Cicero wegen der pecunia publica zu ſeiner und des Volks Verſicherung annehmen wollte, um nicht ſelbſt für Seegefahr ſtehen zu dürfen, keine Aſſecurabeurs, ſondern diejenigen geweſen ſeyn, welche dafür einſtanden, daß entweder das Geld, welches er ihnen in Laodicea als ein mutuum auszahlte, oder daß der Kaufpreiß deſſen, was er ihnen von der Beute durch eine emtio venditio überließ, in Rom entrichtet werden ſollte. Es müßte alſo doch Cicero mit dieſen praedes in Laodicea ſelbſt contrahirt haben; und doch ſollen ſie bey dem Geſchäft nur etwas Acceſſoriſches geweſen ſeyn? Wollte man ſich auch darüber hinausſetzen, daß praedes nach dieſer Erklärung in einer ganz andern Bedeutung erſcheinen würden, als in welcher ſie uns Cicero hier darſtellt, nämlich *ut et mihi et populo cautum sit sine vecturae periculo;* ſo wäre doch wenigſtens unbegreiflich, wie diejenigen praedes, mit denen Cicero unmittelbar contrahirte, und mit denen er in dem einen Falle ein mutuum, in dem andern aber eine emtio venditio ſchloß, doch nur dabey etwas Acceſſoriſches geweſen ſeyn ſollten. Ohne Sicherheit ward freylich im Namen des Staats nicht leicht contrahirt. Allein die praedes waren ja, ihrer Bedeutung

nach, eben diejenigen selbst, welche dem Cicero und dem Volk wegen der Seegefahr Sicherheit gewähren sollten. Denn dies heißt doch wohl gewiß: ut et mihi et populo *cautum sit* sine vecturae periculo. Konnte denn aber nicht vielleicht ein römisches Handelshaus, oder eine societas publicanorum in Laodicea seyn, welche sehr gut auch in Rom Zahlung leisten konnte, wo sich ihre Casse, und ein Theil ihrer Mitglieder befand? Dieß ist wohl nicht zu läugnen; allein davon sagt Cicero kein Wort; und dieß möchte auch wohl nicht so leicht daraus zu errathen seyn, wenn Cicero sagt, er denke zu seiner und des Volks Sicherheit zu Laodicea praedes anzunehmen. Die von Ernesti in der Clavis Cic. v. *Manceps* angeführten Stellen aus Cicero *pro domo* cap. 18. und *ad Div.* Lib. V. Epist. 20. dürften wenigstens noch nicht zum Beweise dienen, daß es eben so viel geheißen habe, ein Magistrat habe praedes für Etwas angenommen, als er habe mit einem manceps oder redemtor contrahirt. Hätte Cicero mit einem Manceps zu contrahiren gemeint, es sey nun mit einem römischen Handelshause, oder mit einer societas publicanorum in Laodicea, hätte er dann diesem manceps entweder das Geld als ein Darlehn ausgezahlt, oder die Beute verkauft, um das Geld sodann in Rom dafür wieder zu erhalten, und blos zur Sicherheit richtiger Zahlung praedes angenommen; gewiß Cicero würde nach der ihm eigenen Präcision und Eleganz des manceps um so mehr gedacht haben, da zwischen manceps und praes doch noch ein großer Unterschied ist.

Ausser dieser Stelle des Cicero will man zwar auch noch Stellen aus Livius anführen, nämlich Lib. XXIII. c. 49. und Lib. XXV. c. 3. wo erzählt

wird, daß bey gewiſſen Lieferungen für die Armeen der Staat die Gefahr des Transports zur See übernommen habe. Allein hier hat Hr. Hofr. Hugo gezeigt, daß es noch manche andere Erklärungsart gebe, ehe man zu einer Aſſecuranz ſeine Zuflucht zu nehmen genöthiget ſey, ob ich gleich darin ihm nicht beyſtimmen kann, wenn er meint, es ſey ſchon der Natur des geſchloſſenen Contracts gemäß geweſen, daß der Staat die Gefahr habe übernehmen müſſen, indem vielmehr aus der erſten Stelle: Ubi ea dies venit, ad conducendum tres societates aderant hominum undeviginti, quorum duo postulata fuere: unum ut militia vacarent, dum in eo publico essent: alterum, *ut quae in naves imposuissent, ab hostium tempestatisque vi, publico periculo essent*, ſich deutlich ergiebt, daß die Lieferanten es zur ausdrücklichen Bedingung gemacht hatten; und wenn gleich dieſes in der andern Stelle: *quia publicum periculum erat a vi tempestatis in iis, quae portarentur ad exercitus*, nicht ausdrücklich geſagt worden iſt; ſo iſt doch wenigſtens darin, daß es Livius zu bemerken für nöthig gehalten, der Staat habe die Gefahr des Transports übernommen, und die Lieferanten hätten dieſen Umſtand zu Betrügereyen benutzt, (et ementiti erant falsa naufragia, et ea ipsa, quae vera renunciaverant, fraude ipsorum facta erant, non casu; in veteres quassasque naves paucis et parvi pretii rebus impositis etc.) ein Grund zu finden, daß es ſich wohl nicht von ſelbſt verſtanden habe.

§. 1142.

Bodmerey. Byllbrief.

Wegen Uebernehmung der Gefahr darf ferner die gewöhnliche Zinſengröße bey der Bodmerey überſchritten

werden. Es wird darunter ein schriftlicher Vertrag verstanden, vermöge welchen Jemand Geld auf den Kiel eines Schiffes (Boden) zu dessen Gebrauche und zur Fortsetzung der Seereise, gegen höhere als gewöhnliche Zinsen, und gegen Verpfändung des Schiffes dem Rheder unter der Bedingung darleihet, daß die Wiederbezahlung des Geldes nur im Falle einer glücklichen Ankunft des Schiffes Statt finden soll [87]. Wird Geld allein auf die Waaren der Ladung gegen mehr als gewöhnliche Zinsen vorgeschossen, mit der Bedingung, daß dasselbe nur im Falle der glücklichen Anlangung der Waaren am Bestimmungshafen wiederbezahlt werden soll, so nennt man dieß eine Geldanleihe auf große Avanture, auf Respondentia [88]) Beydes pflegt insgemein verwechselt zu werden. Der Unterschied beyder Contracte vom nauticum foenus, besteht darin, daß bey dem letzteren nur die Gefahr des Capitals, bey den ersteren aber die Gefahr des Schiffes, oder auch der Waaren der Ladung übernommen wird, obwohl bey allen diesen Contracten die Folge die nämliche ist, daß der Gläubiger Capital und Zinsen verliert, wenn das Schiff auf der bestimmten Fahrt zu Grunde geht. Es wird auch bey allen voraus-

87) *Henr.* Bodini Diss. de bodemeria. *Halae* 1697. und *Sam. Frid.* Willenberg Exercitat. de bodemeria, vulgo Bodmerey. in *Eiusd.* Select. iurisprud. civ. (*Gedani* 1728 4) Part. I. Exercit. XVI. pag. 112. sqq. Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts. 2. Bd. §. 214.

88) S. Park System of the Law of marine Insurances. *London* 1800. pag. 410. u. Fried. Joh. Jacobsen Seerecht des Friedens u. des Krieges. (Altona 1815.) 4. Abschn. 2. Kap. S. 501.

gesetzt, daß der Untergang des Schiffes nicht durch des Debitors Schuld verursacht worden sey [89]). Ferner der Bodmerey- und Großavanturrontract wird zwischen dem Rheder und Anleiher, geschlossen, allein das nauticum foenus geht den Schiffs-Rheder nichts an. Es wird auch letzteres nicht so, wie das Bodmereyanlehn, zum Gebrauch des Schiffs gegeben, um die Seereise beginnen und fortsetzen zu können, sondern dem Schuldner zu seinem beliebigen Gebrauche creditirt; und endlich ist auch die Bodmerey mit einer Verpfändung des Schiffs verbunden [90]), nicht das nauticum foenus, obwohl ersteres, wenn nicht die besondern Seegesetze ein anders verordnen, kein stillschweigendes Pfandrecht giebt [91]). Die Größe der Zinsen hängt auch hier von der willkührlichen Uebereinkunft der Contrahenten ab, und richtet sich nach dem Grade der wahrscheinlichen Gefahr. Die über den Contract errichtete Urkunde wird der Bodmereybrief, oder auch der Kielbrief genennt. Von diesen Bodmerey- oder Kielbriefen sind die Bielbriefe zu unterscheiden, worunter diejenigen Schuldscheine verstanden werden, welche über ein Darlehn zur Anbauung und Ausrüstung eines neuen Schiffes ausgestellet worden, und wofür das Schiff auf die Art verschrieben worden ist, daß das Darlehn noch vor der Versegelung desselben be-

89) Hofacker Princip. inr. civ. R. G. Tom. III. §. 1851. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 5.

90) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 4. und Willenberg cit. Exercit. § 4.

91) S. Stypmann c. l. nr. 56. sqq. pag. 413. u. Bodinus cit. Diss. Th. 23. et 24. Anderer Meinung sind jedoch Jacobsen Seerecht S. 495. und Schmalz Lehrbuch des teutsch. Privatrechts. §. 336.

richtiget werden soll[92]). Ein solcher Bielbrief geht bey entstandenem Concurse der Gläubiger, nach einem bekannten Sprüchworte, dem Bodmereybriefe vor, wenn gleich der Gläubiger vor der Bezahlung seine Einwilligung zu dem Auslaufen des Schiffs gegeben hätte. Scheitert das Schiff, so kann sich der Gläubiger blos an die Trümmern halten, und daraus, so weit der Werth zureicht, seine Befriedigung suchen, wenn nicht in dem Bodmereybriefe zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden ist, daß das Schiff in allen seinen Theilen wohlbehalten an dem bestimmten Orte einlaufe[93]).

§. 1143.

Leibrenten- und Altmenten-Contract.

In mehr als gewöhnlichen Zinsen bestehen endlich auch die Leibrenten, welche dem Gläubiger jährlich auf seine Lebenszeit gegeben werden wogegen mit dessen Tode der Schuldner das Capital gewinnt[94]). Der darüber errichtete Vertrag wird der Leibrenten-Contract[95]) (*contractus vitalitius*) genennt, und dieser wird, wenn das Capital in einer bestimmten Geldsumme besteht, als ein Rentenkauf, besteht es aber in andern Gütern, als ein ungenannter Contract (contractus do ut des) behandelt[96]). Hiernach wäre also der Leibrenten-Contract

92) S. Eisenharts Grundsz. der deutsch. Rechte in Sprüchwörtern. Abtheil. IV Nr LXII S. 410.

93) Voet c. l §. 4 Willenberg cit. Exercit. §. 11.

94) *Henr.* Linck Diss. de reditu vitalitio, vulgo von Leibrenten. *Altdorfii* 1682. 4.

95) *Imm.* Weber Diss. de contractu vitalitio. *Gissae* 1706. von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen u. förml. Abfassung rechtlicher Aufsätze insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit. 2. Theil. 5. Hauptabth. 3. Hptst. S. 495. ff. Westphals teutsch. Privatrecht 2. Th. Abh. 60. Danz Handbuch 2. Th. §. 217.

96) L. 8. *Cod. de rerum permutat.* Weber cit. Diss. Cap. 2. § 2 Linck cit. Diss. Cap. 4. nr. 2. sqq. und *Dan.* Tidemann Diss de rescissione contractus vitalitii, praes. *Ge. Henr.* Ayrero def. *Goettingae* 1750. §. 3. et 4.

derjenige Vertrag, wodurch Jemand einem Andern, auf dessen Lebenszeit jährlich eine bestimmte Summe, gegen den Empfang eines Capitals, welches Erster nach dem Tode des Letztern behalten soll, zu zahlen sich verbindlich macht. Wird dieser Contract als ein Kaufcontract geschlossen, so würde es z. B. in der Contract-Formel heißen: „Es verkauft A. an X. auf dessen Lebenszeit 400 Thlr jährlicher Renten um und für die Summe von 5000 Thln., dergestalt, daß der Verkäufer sich verpflichtet, solche 400 Thlr. als jährliche Renten dem Käufer auf dessen Lebenszeit in zwey Terminen, Ostern und Michaelis jedesmal mit 200 Thlrn. baaren Geldes zu bezahlen, der Käufer aber für solche 400 Thlr. jährlichen Einkommens dem Verkäufer 5000 Thlr. zur Kaufsumme baar zu erlegen verspricht" Wird hingegen der Leibrenten-Vertrag als ein ungenannter Contract geschlossen, so würde die Formel desselben so lauten: „Es übergiebt A. dem X. sein am Markt gelegenes Wohnhaus nebst Garten, und damit verbundenen Braugerechtigkeit zu einem unwiderruflichen Eigenthume; dagegen verspricht letzterer dem erstern ein jährliches Einkommen von 600 Thalern dergestalt, daß sich derselbe verbindlich macht, diese Summe, als jährliche Renten, dem X. auf dessen Lebenszeit jährlich in zwey Terminen, Ostern und Michaelis jedesmal mit 300 Thlrn baaren Geldes zu bezahlen"

Wird der Vertrag auf eine solche Art geschlossen, daß Jemand einem Andern seine Güter unter der Bedingung überläßt, daß Letzter sie auf immer behalten, und dem Erstern dagegen den lebenslänglichen Unterhalt entweder in Natur, oder in einem jährlich abzureichenden Geldquantum geben soll, so pflegt zwar auch dieser Vertrag ein Leibrenten Contract genennt zu werden, allein richtiger wird er der Alimenten-Contract genennt [97]). Man nennt ihn auch den Leibgedings-Contract [98]). Da dieser Contract auch mit Pflege und Wartung des Alimentars verbunden seyn kann, so hal-

97) S. Westphal a. a. O. § 1.

98) S. von Trützschler a. a. O. S. 502.

ten ihn einige [99]) für einen ungenannten Contract gemischter Art, der sich zur Form *do ut des et facias* eigne. Die Römischen Gesetze sehen das Geschäft als eine donatio sub modo an [100]), woraus aber auch die actio praescriptis verbis entsteht [1]). Bey diesen Contracten richtet man sich nach dem Alter und dem Gesundheitszustande dessen, welcher sich die Leibrenten oder Alimenten bedingt, und zwar wird bey der Berechnung der wahrscheinlichen Lebensdauer des Leibrentenirers oder Alimentars nicht die allgemeine Sterblichkeitsordnung, sondern die Sterbensordnung für Rentenirer zum Grunde gelegt, so wie uns solche bey Florencourt [2]) die VIIte, bey Michelsen [3]) die Vte, und bey Langsdorf [4]) die XIIte Tafel darstellt [5]). Weil jedoch diese Arten von Verträgen immer mit einer Wageschaft für beyde Contrahenten verknüpft ist, indem der eine oder der andere Theil wegen der ungewissen Lebensdauer des Rentenirers

99) S. Weber cit. Diss. Cap. 2. §. 2. et 5.

100) *L. 1. Cod. de donat. quae sub modo.*

1) *L. 8. Cod. de rer. permutat.*

2) Abhandlungen aus der juriſt. und politiſchen Rechenkunſt von Carl Chaſſot de Florencourt. Altenburg 1781. 4. S. 112. ff. und S. 285.

3) Jo. Andr. Chriſt. Michelſen Anleitung zur juriſt. polit. u. öconomiſchen Rechenkunſt. 2. Th. (Halle 1784.) 6. Abſch. §. 42. ff. S. 200. ff. und im Anhange der Tabellen. S. 12 — 14.

4) Carl Chriſt. Langsdorf Arithmetiſche Abhandlungen über juriſtiſche, ſtaats- und forſtwiſſenſchaftliche Fragen, Mortalität, Bevölkerung und chronolog. Beſtimmungen. (Heidelberg und Mannheim 1810. 8.) Kap. 7. S. 66 ff. und S. 165. f.

5) Man vergleiche auch Joh. Pet. Süßmilch Die göttliche Ordnung in den Veränderungen des menſchlichen Geſchlechts, aus der Geburt, dem Tode und der Fortpflanzung deſſelben erwieſen. Vierte verb. Ausgabe, herausgegeben von Chriſt. Jac. Baumann. Berl. 1775. und 1776. (8.) 2. B. Kap. 23. S. 366. ff. und *Frid. Aug.* Schmelzer Commentat de probabilitate vitae, eiusq. usu forensi. *Goett.* 1787. 8.

oder Alimentars gewinnen oder verlieren kann; so ergiebt sich daraus von selbst, daß Leibrenten und Alimente an den sonst gewöhnlichen Zinsfuß unmöglich gebunden seyn können.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 11. ist zur Note 34. noch vorzüglich hinzuzufügen die Abhandlung über Wucher und Wuchergesetze in Hugo civilistisch. Magazine 2. B. S. 137—204.

S. 50. zur Note 74. ist noch beyzufügen eine Abhandlung in C. F. Gesterding alten und neuen Irrthümern der Rechtsgelehrten. Greifswald 1818. Nr. I.

S. 74. zur Note 23. Anderer Meinung ist jedoch Gesterding in der angeführten Schrift S. 6. ff.

S. 85. Abs. 2. Z. 2. ist zu lesen: um die Hälfte eines *Solidus* vermehrt.

S. 153. Z. 6. von oben ist statt in bestimmten Terminen laufen vielmehr erhoben werden zu lesen. Man sehe auch *Arn.* Vinnius Select. iuris Quaest. Lib. II. cap. 9.

S. 172. Not. 16. Z. 2. ist statt in dem ersten Falle in dem zweyten Falle, und Z 3. ἀμφοτερόπλουν statt ἀμποτερόπλουν zu lesen.

S. 202. zur Note 60. *Sam.* Marshall Treatise on the Law of Insurance. *London* 1802. *John Ilderton* Burn practical Treatise or Compendium of the Law of marine Insurances. *London* 1801. Pothier Traité du Contrat d'Assurance par Estrangin Avocat. *Paris* 1810.

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Ein und zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

in der Palmischen Verlagsbuchhandlung.

1820.

Lib. XXII. Tit. III.

De probationibus et praesumtionibus.

§. 1144.

Erklärung der Ausdrücke: *probare*, beweiſen, Beweis, Beweismittel, Beweisgrund, Vermuthungen.

Der römiſche Ausdruck *probare*, ſo wie das teutſche Wort beweiſen, wird in verſchiedener Bedeutung genommen, von welchen diejenige ausgeht, in welcher hier von *Probatio*, Beweis gehandelt wird. Das Wort *probare* heißt eigentlich ſoviel, als billigen, mit Etwas zufrieden ſeyn; wird es aber mit dem Dativ der Perſon conſtruirt, nämlich *alicui probare aliquid*, ſo heißt es ſoviel, als auf irgend eine Art und Weiſe bewirken, daß ein Anderer etwas für recht, für wahr, für gerecht halte; machen, daß einem Andern etwas gefalle. Z. B. *officium suum alicui probare* [1]). Hier ſagt man auch im Teutſchen, jemanden Freundſchaft beweiſen [2]). Inſonderheit aber heißt *probare* oder beweiſen, einem Andern etwas glaubhaft machen, ihm von Etwas über-

1) Cicero in *Verrem* IV c. 44. ad *Atticum* Lib. XVI. Ep. 7. Ernesti Clav. Ciceron. in indice Latinitat. voc. Probare.

2) S. Adelungs Wörterbuch.

zeugen. So sagt Cicero [3]): *His ego judicibus non probabo, C. Verrem contra leges pecunias cepisse?* In dieser Bedeutung können, um unserm Ziele näher zu kommen, und die Anwendung davon auf den Civilproceß zu machen, nicht nur die Partheyen dem Richter, sondern es kann auch der Richter den Partheyen beweisen, jene, wenn sie Gründe beybringen, um den Richter, als solchen, von der Wahrheit einer streitigen Behauptung, wovon die Entscheidung des Rechtsstreits abhängt, zu überzeugen; dieser, wenn er sein Urtheil mit Gründen unterstützt, um den Partheyen die Ueberzeugung zu verschaffen, daß so, wie geschehen, und nicht anders, in der Sache habe erkannt werden müssen. Ja auch Nebenpersonen im Civilproceß können in jener Bedeutung beweisen. Z. B. der Procurator beweiset durch seine Vollmacht den ihm von seinem Principal ertheilten Auftrag, vor Gericht für ihn zu handeln [4]).

Allein in der Kunstsprache des Civilproceßes wird Beweis von den vor Gericht streitenden Partheyen gebraucht, wenn nämlich eine Parthey dem Richter, als Richter, die Ueberzeugung von der juristischen Wahrheit eines Thatumstandes zu verschaffen sucht, von welchem die Anerkennung des streitigen Rechts abhängt. In dieser hier zum Grunde zu legenden Bedeutung bezeichnet dann das Wort Beweis theils den Inbegriff der processuali-

3) Lib. I. in *Verrem.* cap. 4.

4) S. Walch über die Begriffe, welche im Civil-Prozesse mit den Wörtern Beweisen, Beweis-Mittel und Beweis verbunden werden. In dem Magazin für den gemeinen teutschen bürgerlichen Prozeß von Martin und Walch. 1. Bandes 1. Heft. Nr. II. S. 68—122.

schen Handlungen, durch welche eine Parthey diese Ueberzeugung des Richters hervorzubringen strebt, d. i. die Beweisführung, theils den bezweckten Erfolg derselben, — die Ueberzeugung des Richters — welche dann freylich ihre Grade hat, daher der Beweis bald ein vollständiger, bald nur ein unvollständiger seyn kann; theils das Mittel, durch dessen Gebrauch die richterliche Ueberzeugung hervorgebracht werden, und welches die Grundlage zu derselben zum Resultat haben soll, — Beweismittel; — theils endlich die daraus resultirende Wahrheit oder Unwahrheit, — das Product des Beweismittels, welches man den Beweisgrund nennt [a]). Dieser Beweisgrund ist nun von zweyerley Art, der factische, d. i. das zunächst mit den äussern Sinnen aufzufassende Product des Beweismittels, z. B. die Aussagen der Zeugen, das Gutachten der Sachverständigen, der wörtliche Inhalt einer Urkunde u. s. w., oder der juristische, d. i. das Resultat, welches der Richter durch seine juristische Reflexion aus dem factischen Beweisgrunde für seine Ueberzeugung abstrahirt, und dieser juristische Beweisgrund bewirkt entweder juristische Wahrheit oder juristische Unwahrheit. Nur einen Fall giebt es, wo die aus dem Beweisgrunde hervorgehende Wahrheit eine bis zur Evidenz sich erhebende, absolute Wahr-

a) Man vergleiche Gönner vom Beweise überhaupt mit einer Revision des Begriffs vom Beweise im Civilprozeß, im Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. 2. Band. Nr. XXXVII. S. 240—301. und besonders Gensler über die Begriffe: Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz: im Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermaier u. Schweitzer. 1. B. Nr. III. S. 26—64.

heit ist, nämlich wenn sich der Richter durch eigne sinnliche Wahrnehmung, d. i. durch Auffassung des factischen Verhältnisses mit seinen eigenen, äussern, physischen Sinnen von der Wahrheit der bestrittenen Merkmale des Streit-Objects überzeugen kann. Hier ist auch die Wahrheit eine allgemeine, eine Wahrheit für jeden vernünftigen Menschen, der die nämliche äussere Erscheinung eben so percipiren würde, ohne Beymischung einer besondern juristischen Reflexion. Dahingegen ist jene juristische Wahrheit immer nur eine relative, welche nur in Bezug auf die jetzt streitenden Partheyen für Wahrheit gilt, damit es dem Richter möglich werde, den Streit zu entscheiden [6]). Sie ist, selbst in ihrer höchsten Vollkommenheit, doch nur höchste Wahrscheinlichkeit, welche, selbst die öffentliche Urkunde nicht ausgenommen, nur eine Rechtsvermuthung hervorbringt, die durch directen Gegenbeweis aufgehoben werden kann, und nur bis dahin einen juristischen Zwangsglauben begründet, übrigens aber gar wohl eine materielle Unwahrheit seyn kann. Denn sie wird nur durch die Form des Prozesses zur juristischen Wahrheit erhoben, und führt daher auch mit Recht den Namen einer formellen Wahrheit.

Vermuthungen, *Praesumtiones*, gehören zu den Beweisgründen. Es sind Folgerungen, welche das Gesetz, oder der Richter, aus erwiesenen factischen Verhältnissen, und zwar letzterer, nach menschlicher Erfahrung und Ver-

6) S. *Frid. Theoph.* Septitz de probationibus singularum litium propriis, nec ad alias lites trahendis. Specim. I. *Lipsiae* 1807. 4.

wunft, zieht. Sie sind daher von zweyerley Art. Rechtsvermuthungen, *praesumtiones iuris*, und menschliche Vermuthungen, *praesumtiones hominis*. Bey jenen ist das Gesetz das Beweismittel, insofern es gebietet, die Folgerung aus einem factischen Verhältniß für wahr anzunehmen, sobald dieses factische Verhältniß an sich ausser Zweifel gesetzt ist. Bey diesen ist es der Richter selbst, welcher aus einem erwiesenen factischen Verhältniß auf das Seyn oder Nichtseyn des zu beweisenden Factums schließt, weil, der menschlichen Erfahrung und Vernunft nach, die Prämisse und das zu erweisende Factum in einem Cohärenz-Nexus stehen, sich z. B. wie Ursach und Wirkung verhalten. Das Resultat von jenen ist juristische Wahrheit, und diese enthält, so weit nicht etwa der Schluß zu einer Rechtswahrheit erhoben ist, einen zwar vollständigen Beweis, welcher aber, weil das Gegentheil des Geschlossenen noch als juristisch möglich gedacht werden muß, durch Gegenbeweis vernichtet werden kann. Menschliche Vermuthungen hingegen geben eine bloße Wahrscheinlichkeit, sie unterstützen zwar andere Beweisgründe, wirken aber für sich keine volle juristische Ueberzeugung. Da übrigens der Richter bey dem Beweise durch Vermuthungen von der Wahrheit der streitigen Thatsache nicht direct überzeugt wird, sondern zunächst von einer andern für wahr und als vorhanden anerkannten Thatsache auf die Wahrheit der streitigen Thatsache eine Schlußfolgerung ziehen soll; so ist dieser Beweis ein künstlicher Beweis [7]).

7) S. Quinctilianus *Institut. orator.* Lib. V. cap. 1. et 8. u. *Franc.* Duarenus Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 27.

Die Lehre vom Beweiſe 8), ſo wie insonderheit auch die Lehre von Vermuthungen 9), iſt nun in unſern Tagen ſo gründlich und erſchöpfend bearbeitet worden, daß ich füglich die Titel der Pandecten, welche vom Beweiſe handeln, hätte überſchlagen können. Um jedoch keine Lücke zu laſſen, mag dießmal eine Exegeſe der Fragmente dieſer Titel die Stelle des Commentars vertreten. Ich werde dabey die florentiniſche Leſeart nach der Ausgabe des Taurellius zum Grunde legen, jedoch dabey meine übrigen gloſſirten und nicht gloſſirten Ausgaben, ſo wie die Erlanger Handſchrift vom Digestum vetus damit

8) S. von Tetzner Theorie der Beweiſe im Civilprozeß, mit Zuſätzen und Anmerkungen von Jo. Fr. Jury. Magdeburg 1805. Jo. Fr. Reitemeier's Wahrheit vor Gericht. Frankfurt 1802. v. Gönner Handbuch des deutſchen gemeinen Prozeſſes. Erlangen 1804. 2. B. Nr. XXXVII — LIV. Ernſt Chriſt. Gotti. Schneider's vollſtändige Lehre vom rechtlichen Beweiſe in bürgerlichen Rechtsſachen. Gieſſen und Darmſtadt 1803. Hanns Ernſt von Globig Verſuch einer Theorie der Wahrſcheinlichkeit zur Gründung des hiſtoriſchen und gerichtlichen Beweiſes, 1. u. 2. Th. Regensburg 1806. Ad. Diet. Weber über die Verbindlichkeit der Beweisführung im Civilprozeß. Halle 1805. Nepom. Borſt über die Beweislaſt im Civilprozeß, mit einer Vorrede von Anſelm Ritter von Feuerbach. Bamberg u. Leipzig 1816.

9) Matth. Weindler über Vermuthungen, vorzüglich mit Hinſicht auf bürgerliche Rechtslehre. Landshut 1801. und Aug. Willib. Feuerlein's Verſuch einer neuen Theorie der Vermuthungen, in Gönner's Archive für die Geſetzgebung und Reforme des juriſt. Studiums. IV. B. (Landsh. 1814.) Nr. I. S. 1—132.

vergleichen. Als Commentare über diese Titel sind zu bemerken Hug. Donellus [10]), Franz Duaren [11]) und Gerh. Noodt [12]). Einen exegetisch kritischen Commentar über den Titel der Pandecten de Testibus hat Herr Prof. Schrader [13]) musterhaft bearbeitet. Die Gesetze der beyden Titel des Codex de probationibus und de Testibus hat Janus a Costa [14]) erläutert, und B. Voorda an mehreren Orten mit seinen Noten bereichert.

10) Commentarii ad Tit. Dig. de probationibus, ad Tit. Dig. de fide instrumentorum, et de Testibus. In *Eius* Operib. prior. *Francofurti ad Moen.* 1589. 4. pag. 249—310.

11) In Tit. XIX. libri IV. Cod. et Tit. III. Lib. XXII. Pandectar. de Probationibus. in Operib. *Francofurti* 1592. f. pag. 934—940. In Tit. XXI. Libri IV. Codicis et Tit. IV. Libri XXII. Pandectar. de fide instrumentorum. pag. 941—944. et in Tit. XX. Lib. IV. Cod. et Tit. V. Lib. XXII. Pandectar. de testibus. pag. 945—951.

12) Comment. ad Tit. 3. 4. et 5. Lib. XXII. Dig. in Opp. Tom. II. pag. 474—481.

13) Titulos Digestorum Lib. XII. Tit. V. de condictione ob turp. caus. et Lib. XXII. Tit. 5. de testibus, sedecim Codd. Manuscriptor. aliorumque subsidior. criticor. ope emendatos edidit, notas, apparatum criticum, et praefationem, qua libri, quibus haec crisis nititur, inter se comparantur, adjecit D. *Eduard.* Schrader. *Tubingae* 1819. 8.

14) Praelectiones ad illustriores quosdam titulos locaque selecta iuris civ. edidit, notisq. illustravit B. Voorda. *Lugd. Batav.* 1773. 4. pag. 225—292.

§. 1145—1156.

Erklärung der einzelnen Fragmente dieses Titels [15].

1. PAPINIANUS *Libro tertio* [16] *Quaestionum.* Quotiens quaereretur [17], genus vel gentem [18] quis haberet, nec ne, eum probare oportet [19].

15) In den Basiliken nach der Ausgabe des Fabrotus hat Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. die Ueberschrift: Περὶ ἀποδείξεων, καὶ προλήψεων, καὶ πίστεως δικαιωμάτων, καὶ διαβολῆς αὐτῶν. i. e. *de probationibus et praesumtionibus, et fide instrumentorum, et reiectione eorum.* In dem Erlanger Cod. ist blos die Ueberschrift des Titels befindlich, so wie sie in allen Ausgaben lautet, ohne die Beyfügung Tit. 3. statt dessen steht das gewöhnliche Zeichen ℣

16) Haloander hat *lib. IIII. Quaestionum.* Allein man sehe *Abr.* WIELING Iurispr. restituta Tom. I. p. 140. Cod. Erl. hat bloß den Namen Pap̄.

17) Der Erlang. Codex lieset: Quotiens genus vel gentem, zwischen diesem letztern und dem folgenden Worte quis, ist von einer andern Hand mit schwärzerer Dinte das qu mit dem Einschaltungszeichen ∨ darüber geschrieben. Interpunctionen, so wie sie in der Taurellischen Ausgabe erscheinen, finden sich, ausser dem letzten Punct, in dem Erlang. Codex nicht. Statt quaereretur, lieset Baudoza Cestius *quaeritur.* Die Basiliken haben auch ζητεῖται.

18) In den Basiliken fehlen die Worte *vel gentem.* Die Stelle lautet so: Παπιν. Ὁσάκις ζητεῖται, ποῖον ἔχει τὶς γενός, αὐτὸς ἀποδεικνυσι. i. e. *Quoties quaeritur, quale genus quis habeat, ipse probare debet.* Allein in den Scholien pag. 23. ist eine Note vom Cyrillus angeführt, welche die ganze Stelle vollständig enthält. Sie lautet so: Ὅτε περὶ γένους ἢ ἔθνους

Es kommt hier zunächst auf die Erklärung der Worte *genus* und *gens* an, welche von den Auslegern auf sehr verschiedene Art gedeutet werden.

Der griechische Scholiast [20]) erklärt das *genus* von der verwandtschaftlichen Abstammung, z. B. es behauptet Jemand, er sey der Sohn des Titius. Das Wort *gens* aber von dem Ort der Herkunft, oder der Landsmannschaft. Z. B. es behauptete Jemand, er gehöre zu einem solchen Volke, welches mit den Römern im Bündniß stand, und machte, als solcher, Ansprüche an die den Bundesgenossen zugestandenen Privilegien.

Die Glosse des Accursius bezieht das *genus* auf den Successionsfall, wo es auf den Beweis der Verwandtschaft mit dem Erblasser ankommt. Die *gens* aber erklärt sie von dem Wohnorte, welcher z. B. bey der Excusation von der Tutel zur Sprache kommen konnte, weil nach dem Röm. Rechte eine gewisse Anzahl von Kindern, die nach Verschiedenheit des Wohnorts bestimmt war, von dieser Bürde befreiete [21]).

Die spätern Ausleger erklären hingegen beyde Ausdrücke von der Verwandtschaft, jedoch auf verschiedene

τινὸς ξητεῖται, ἀυτὸς δεικνύτω τοῦτο προϊσχόμενος. i. e. *Cum de genere aut gente alicuius quaeritur, probatio ei incumbit, qui id allegat.*

19) Haloander lieset oportere. Mit der Taurellischen Leseart stimmt Cod. Erlang. und alle übrigen Ausgaben überein, welche ich besitze, die des Russard, Charondas, Baudoza, Hugo a Porta, Sim. van Leeuwen, und Gebauer.

20) Tom. III. Βασιλικῶν pag. 22. et 23.

21) *Pr. I. de Excusat. tutor.*

Act. Andreas Alciat [22]) ſagt, der Ausdruck *gens* wäre von den Verwandtſchaften der Patrizier, das Wort *genus* oder *stirps* aber von den Verwandtſchaften der Plebejer gebraucht worden. Denn Cicero [23]) unterſcheide in dem Falle, wo zwiſchen zwey Familien, den Marcellern und Claudiern, über die Erbſchaft des Sohns eines Freygelaſſenen geſtritten wurde, und die Familie der Marceller, welche plebejiſch war, behauptete, daß ſie ihnen der *stirps* nach, die andere der Claudier aber, welche patriciſch war, daß ſie ihnen der *gens* nach angefallen ſey, zwiſchen ius *stirpis* und ius *gentilitatis*, und Livius [24]) ſage von den Patriziern: Semper ista audita sunt eadem, penes vos auspicia esse, *vos solos gentem habere.*

Ganz anders erklärt Jacob Raewaerd [25]) den Unterſchied zwiſchen *genus* und *gens*. Die Blutsfreundſchaft, ſagt er, werde nach dem Civilrecht in *gens* und *genus* eingetheilt. Die erſtere begreife das letztere immer unter ſich, aber nicht das genus die gens. Denn der Ausdruck *genus* werde blos von Verwandten der graden Linie, von Aſcendenten und Deſcendenten gebraucht. Dieß beweiſe ſchon die Abſtammung des Worts. *Genus* ſey von *geno* benannt, welches die Alten für gigno gebrauchten. Das Wort *gens* hingegen begreife die Agna-

22) Παρεργῶν iuris Lib. I. cap. 12. pag. 14. sq. (*Lugduni* 1539. 8).

23) *De Oratore* Lib. I. cap. 39.

24) *Lib. X. Cap.* 8.

25) *Iac.* Raevardus Variorum s. de iuris ambiguitatib. Lib. V. Cap. I. *Operum* (*Lugduni* 1623. 8.) Tom. I. pag. 623. sqq.

ten und Gentilen unter sich. Er beruft sich auf eine alte Inscription, auf welcher von vermachten Gärten folgendes geschrieben steht: *Excepitque, ne quis eos venderet, sed per* GENUS *ipsorum possessio curreret, vel per adgnatos, vel manumissos.* Eine gens sey nämlich wieder in stirpes, oder familiae eingetheilt worden. Sie bestand also aus mehreren Familien. Die zu einer Familie gehörten, hießen *agnati*, die aber blos denselben Namen führten, gehörten zu derselben *gens*, und waren *gentiles* [26]). Daher habe das ius stirpis ein näheres Recht zur Erbschaft gegeben, als das ius gentilitatis, und nur dieses unterscheide Cicero an dem vom Alciat angeführten Orte [27]); und dieser Unterschied scheine auch unserm Papinian nicht unbekannt gewesen zu seyn.

Franz Duaren [28]) hat sich über diesen Unterschied nicht bestimmt erklärt. Doch sieht man so viel, daß er den Ausdruck *gens*, mit Beziehung auf die bekannten Stellen des Cicero, von solchen Verwandten erklärt, die einerley Namen führen, das Wort *genus* aber von solchen, die zwar eiusdem sanguinis, nicht aber eiusdem nominis sind, wie z. B. die Cognaten.

Jacob Cujaz [29]), der unserm Fragment einen

26) Cicero in *Top.* Cap. 6. *Gentiles* sunt, qui inter se eodem nomine sunt.

27) Man sehe über diese Stelle des Cicero auch Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts. §. 69. Not. 8. u. 9. §. 77. Not. 3.

28) Comm. in hunc Tit. Cap. 4. *Opp.* pag. 938.

29) Commentar. in Libr. III. Quaestionum Papiniani ad L. 1. D. h. t. Operum postumor. a *Fabroto* editor. Tom. I. pag. 82—84.

eignen Commentar gewidmet hat, bezieht daſſelbe auf einen entſtandenen Rechtsſtreit über eine legitime Erbſchaft. Er verwirft die Erklärung der Gloſſe als die allerungereimteſte, nach welcher auch *genus* ſoviel als agnatio, und *gens* ſoviel als cognatio heißen könne. Denn die Gentilität ſey durch jede Capitisdeminution verloren gegangen, aber nicht die Cognation [30]). Cujaz weicht auch vom Räwaerd darin ab, daß er unter *genus* nicht blos die Verwandten der geraden Linie verſteht, ſondern vielmehr dafürhält, daß dieſe Benennung ſowohl auf Agnation als Cognation, d. h. ſowohl auf die männliche als weibliche Linie ſich beziehe, dahingegen das Wort *gens* nur die erſtere allein umfaſſe.

Denys Gobefroy [31]) führt blos an, was Räwaerd über gens und genus ſagte, und bezieht übrigens dieſes Fragment auf Succeſſionen und Tutelen, welche den Agnaten und Gentilen pflegten deferirt zu werden.

Robert Joſeph Pothier [32]) erklärt die Ausdrücke genus und gens gar nicht, ſondern ſetzt blos bey haberet die Bemerkung hinzu, ad obtinendam hereditatem legitimam.

So ſtimmen nun alſo die meiſten Ausleger darin überein, daß die Ausdrücke *genus* und *gens* ſich auf Verwandtſchaft beziehen ſollen, inſofern ſie bey Erbſtreitigkeiten, oder auch allenfalls bey geſetzlichen Tutelen zur Sprache kommen konnte. Allein dann war ja auch zwiſchen beyden kein Unterſchied. Denn das Wort *gens* ent-

30) § *ult. I. de legit. agnator. tut.*

31) Not. ad L. nostr.

32) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. I. not. b. p. 633.

ſtand aus *genius*, vermuthlich durch Contraction. Daher werden beyde Ausdrücke in einerley Sinn ſowohl von patriciſchen als plebejiſchen Geſchlechtern genommen, wie aus mehreren Stellen der römiſchen Claſſiker [33]) erhellet. Anfangs glaubten freylich die Patricier, nur ſie allein hätten gentem, wie Livius in der oben von Alciat angeführten Stelle ſagt. Allein ſeitdem die Plebejer ſich den Weg zu den curuliſchen Magiſtratsſtellen gebahnt hatten, und ihrer Ehe mit Perſonen aus dem patriciſchen Geſchlechte kein Geſetz mehr im Wege ſtand; ſo verſchwand auch die Würde der Gentilität [34]), und gerade der oben erwähnte Fall bey Cicero beweiſet, daß die Marceller, ob ſie gleich nur Plebejer waren, dennoch, der Stirps oder der Familie nach, ein vorzüglicheres Recht zur Erbſchaft des Verſtorbenen hatten, als die patriciſche Familie der Claudier, welche ſich auf die gens beriefen, und alſo keine Agnaten, ſondern nur Gentilen waren [35]). So ungegründet hiernach Alciats Erklärung erſcheint, eben ſo wenig läßt ſich behaupten, daß Papinian noch an eine successio gentilitia gedacht haben ſollte, da Cajus [36]) ſagt: *gentilitium ius in desuetudinem ab-*

33) Cicero Orat. *pro L. Murena* c. 7. et *pro domo* cap. 14. Livius Lib. VI. cap. 37. Plinius in *Panegyr. Trajani* Cap. 69. Inſonderheit ſagt Festus: *Gentilis* dicitur, et *ex eodem genere* ortus, et is, qui *simili nomine* adpellatur.

34) S. *Ern. Mart.* Chladenii de gentilitate vet. Romanor. liber. sing. Cap. XII. §. 5. pag. 145. sqq.

35) S. Raevardus Varior. Lib. V. c. 1. *Oper.* Tom. I. pag. 625.

36) Collatio Legg. Mosaicar. et Rom. Tit. XVI. §. 2. in fin. in Hugo Iur. civ. Antejust. T. II. pag. 1469.

iisse, und deswegen für überflüßig hielt, davon in seinen Commentarien ausführlicher zu handeln, und eben so Ulpian [37]): *Nec gentilitia iura in usu sunt.* Ueberhaupt ist gar keine Nothwendigkeit vorhanden, das Fragment gerade auf Erbschaften oder Vormundschaften zu beziehen. Die Wörter *genus* und *gens* haben ja auch noch andere Bedeutungen, als die von Verwandtschaften. *Genus* kann zwar hier allerdings auch soviel, als Abstammung heißen, wie es auch Brisson [38]) erklärt; allein warum soll denn *gens* gerade eben so viel bedeuten, da unter den Kaisern theils durch die veränderte Verfassung, theils durch das Aussterben so vieler alten Geschlechter, theils durch die häufigen Adoptionen, und daher entstandene Veränderung und Vermischung der Namen, theils endlich durch die Mordsucht des Kaisers Antoninus Caracalla Name und Begriff von *gens* und *gentiles*, und das Recht der Gentilität so ganz erloschen und ausgerottet war, daß wohl zu Papinians Zeiten nicht leicht mehr die Frage davon seyn konnte, wem der Beweis hierüber aufzulegen sey [39])? Es scheint also das Wort *gens* hier eine ganz andere Bedeutung zu haben. Es ist bekannt, daß dieses Wort auch häufig soviel, als

37) Cit. loc. §. 4. pag. 1473.

38) De Verbor. quae ad ius civ. pertinent, Significat. voc. *Genus.*

39) S. Chladenius de gentilitate Veter. Rom. Cap. 13. *Car. Frid.* Zepernick Disquis. de causis centumviralibus §. VII. in Syllog Opusculor. adj. *Siccamae* de iudicio centumvirali *Halae* 1776 edito. pag. 249—251. von Savigny über die sacra privata der Römer, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 2. B. Nr. XV. S. 384.

natio, populus, civitas bedeutet [40]). Z. B. gens Cilicum [41]), gens Boeotorum [42]). In dieſem Sinne nimmt hier der griechiſche Scholiaſt das Wort *gens*, und ich glaube, wir haben nicht Urſache, dieſe Erklärung zu verwerfen. Denn, nicht zu gedenken, daß die Scholiaſten der Baſiliken hauptſächlich die Erklärungen der alten Ausleger des Juſtinianeiſchen Rechts, eines Thaleläus, Cyrillus, Theodorus, Stephanus und anderer benutzt haben [43]); ſo war ja auch der Fall bey den Römern gar nicht ſelten, daß es auf die Frage ankam, an municeps quis sit, i. e. huius vel illius civitatis civis? denn es gab ja viele Völker, Nationen und Städte, die unter dem römiſchen Scepter ſtanden, und doch nach ihren eignen Geſetzen lebten, und andere Freyheiten genoßen, welche daher *gentes liberae*, *civitates liberae* genannt wurden [44]). Wie wichtig konnte hier nicht die Frage ſeyn, ob Jemand zu einer ſolchen gens oder civitas gehöre? Von einem ſolchen Beweiſe handelt unter andern Papirius Juſtus *lib. 2. de constitutionibus* [45]), wenn er daſelbſt ſagt: Cum quaeritur, *an*

40) S. Brissonius de Verbor. Signif. voc. *Gens* und Gesneri Thes. erud. Scholast. h. v.

41) Cicero *ad Div* lib. XV. Ep. 1.

42) Livius Lib. XXXV. c. 47.

43) S. Bachii Histor. iurisprud. Rom. Lib. IV. Cap. I. Sect. III. §. 22. et Cap. II. Sect. III. §. 4. und *Andr. Guil.* Cramer Dispunction. iuris civ. liber sing. (*Suerini* et *Wismar.* 1792. 8.) Cap. I. pag. 15.

44) Eine Menge Beyſpiele hiervon hat *Ez.* Spanhemius in Orbe Romano Exercit. II. Cap. 9. et 10. angeführt.

45) *L.* 38. §. 5. D. *ad Municipalem.*

municeps quis sit? ex ipsis etiam rebus probationes sumi oportere, nam solam nominis similitudinem ad confirmandam cuiusque originem satis non esse. Ueberhaupt lehrt auch der ganze Titel ad Municipalem, wieviel es auf den Geburtsort oder das Vaterland eines Römers ankam; besonders wenn von muneribus publicis, oder von der Competenz des fori die Rede war [46]). Denn in diesen Fällen imprimirte die Herkunft einen nie auslöschlichen Character, welcher weder durch Veränderung des Wohnsitzes, noch durch Adoption aufgehoben wurde [47]). Kein Wunder, wenn daher ein Municeps zuweilen auch seine Herkunft verläugnete [48]), oder läugnete, daß er aus der Stadt herstamme, welche ihm bürgerliche Lasten aufbürden wollte [49]). Hier kam es nun darauf an, wer als Kläger auftrat. Klagte die Stadt, so mußte sie die Herkunft ihres Municeps erweisen. Klagte aber letzter, so war dieser angewiesen, die Klage bey dem Präses der Provinz anzustellen, unter dessen Pflege diejenige Stadt stand, welche ihn zu den bürgerlichen Pflichten aufforderte, nicht bey der Behörde der Stadt, aus welcher er herzustammen behauptete; und ihm lag in diesem Falle der Beweis ob [50]). Daß auch bey

46) *L.* 29. *D. eodem. L.* 1. 3. *et* 5. *Cod. de municipibus.*

47) *L.* 7. *Cod. de adopt.* S. den 6. Th. dieses Commentars §. 511.

48) *L.* 6. *pr. D. ad Municipalem.*

49) *L.* 37. *pr. D. eodem.*

50) *L.* 37. *pr. D. cit.* Callistratus *Libro I. de Cognitionibus.* De iure omnium incolarum, quos quaeque civitates sibi vindicant, Praesidum provinciarum cognitio est. Cum tamen se quis negat incolam esse, apud eum Praesidem provinciae agere debet,

der Streitfrage über Abstammung nach dem Geblüt (genus) ein solcher zweyfacher Beweis Statt haben konnte, lehrt die Novelle 36. wo es heißt: *ut ad genus probandum utraque pars probationes afferat* [51]). Hieraus erklären sich nun die Worte unsers Fragments: *genus vel gentem quis haberet, nec ne*, eum probare oportet, sc. qui agit, sive affirmet, sive neget [52]). Daß aber auch bey dem Streit über Verwandtschaft, der Kläger den Beweis übernehmen müsse, wenn er dem Beklagten die behauptete Verwandtschaft streitig macht, sofern er nämlich darin den Grund seiner Klage setzt, wird unten die *L.* 14. *D. h. t.* lehren. Der Sinn der erklärten Stelle wäre also der: So oft ein Streit über Verwandtschaft oder Herkunft entsteht, muß derjenige den Beweis übernehmen, der den Grund seiner Klage darin setzt, er behaupte sie

sub cuius cura est excubitas, a qua vocatur ad munera, non apud eam, ex qua ipse se dicit oriundum esse: idque DIVUS HADRIANUS rescripsit mulieri, quae aliunde orta, alibi nupta est.

51) Sehr richtig macht CUJACIUS in Exposit. Novellar. bey der Nov. 36. die Bemerkung: *Quod valde pertinet ad L. 1. D. de probat.*

52) Auch bey Sklaven konnte über die Nation derselben Frage entstehen. *L.* 31. §. 21. *D. de aedilit. Ed.* Es hat keinen Zweifel, daß derjenige, welcher die Klage aus dem Aedilitischen Edict darauf gründete, auch den Beweis führen mußte. Allein auf diesen Fall hat unser Fragment keine Beziehung. Denn bey Sklaven betraf die Nation die Qualität des Objects. Die Worte: genus vel gentem *quis* haberet, gehen aber auf das Subject.

nun entweder für sich, oder bestreite sie dem Beklagten.

L. 2. Paulus *libro LXIX. ad Edictum* [53]). Ei incumbit probatio, qui dicit: non [54]) qui negat [55]).

Paulus sucht hier durch eine allgemeine Regel die schwierige Frage zu entscheiden, wem von beyden Theilen

53) Cod. Erl. hat blos den Namen Paul. Haloander: Paulus *lib. XLIX. ad Edictum.* Hugo a Porta in der Ausgabe *Lugduni* 1572. f. Paulus *libro septuagensimo nono ad Edictum.* Eben so die Prachtausgabe *Parisiis* apud *Sebastianum Nivellium* 1576. f. Die Torelliſche Lesart haben jedoch die meiſten, inſonderheit Baudoza, Ruſſard, Charondas, Godefroy und Gehauer. Dieſelbe nimmt auch Ahn. Wieling in Iurisprud. restituta. T. I. pag. 175. an. Die Göttinger Ausgabe hat dieſe Varianten nicht bemerkt.

54) Nach non macht Haloander ein Comma. Cod. Erlang. hat nach den Worten: qui dicit das Zeichen ! und nach negat ein Punctum. Lieſet übrigens: non illi qui negat.

55) Die *Basilica* Lib. XXII. Tit. 1. Const. 4. ſtimmen genau mit unſerm Fragment überein. Es heißt daſelbſt: Παυλ. Ο λέγων, οὐ μὴν ὁ ἀρνούμενος, ἀποδείκνυει. i. e. *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.* Mit denſelben Worten ſtellt auch Harmenopulus in ſeinem Προχειρον νομων oder Promptuarium iuris Lib. I. Tit. II. §. 8. die Regel des Paulus auf; und in dem von Senkenberg edirten Brachylogus iuris civ. s. Corpus Legum paulo post Iustinianum conscriptum Lib. IV. Cap. 14. pag. 225. lehrt der Verfaſſer ganz derſelben gemäß: Verum vero quaestio facti est; qui di-

im Prozeß die Last des Beweises obliege? So wichtig diese Frage für den Richter ist; so angelegentlich hat man sich in unsern Tagen bestrebt, dieselbe auf das genaueste zu erörtern; und gewiß haben sich in dieser Lehre Weber und Borst durch ihre unübertreflichen Schriften über Beweislast im Civilprozeß ein bleibendes Verdienst erworben. Ich beschränke mich hier blos auf mein Fragment. Paulus setzt hier dem, qui dicit, denjenigen entgegen, qui negat, und legt dem erstern die Beweislast auf, von welcher er den letztern befreiet. Alles kommt demnach auf die richtige Erklärung des Worts *dicere* an. Viele erklären nun dasselbe durch affirmare, und glauben daher den Sinn des Paulus vollkommen getroffen zu haben, wenn sie die Regel aufstellen: Nur dem, der etwas bejahet, nicht dem Verneinenden, liegt der Beweis auf, oder wie man sie auch ausdrückt: *adfirmanti incumbit probatio, non neganti.* Schon in den Scholien der Basiliken [56]) heißt es: Σημείωσαι νόμιμον γενικόν, ὅτι ὁ διαβεβαιούμενος, οὐχ ὁ ἀρνούμενος βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσιν. ἀρνήσεως γὰρ οὐκ ἔστιν ἀπόδειξις, πλὴν εἰ μὴ προλήψει ἐναντιοῦται ἡ ἀρνησις. i. e. *Nota regulam generalem, eum, qui adfirmat, non eum, qui negat, onus probationis subire: negationis enim probatio non est, nisi si negatio praesumtioni adversetur.* Die Glosse des Civilrechts macht blos aus dieser Regel

cit factum esse aliquid, probare debet. *Ei enim incumbit probatio, qui dicit: non ei, qui negat.* Factum enim negantis, naturali iure, nulla est probatio.

56) Basilica Fabroti Tom. III. pag. 25.

zwey, sonst stimmt sie ganz mit jener Erklärung überein. Diese Regel pflanzte sich nun weiter fort, und fand nicht nur unter den Rechtsgelehrten viel Anhänger, sondern ging auch in die Decretalen der Päbste über [57]). Weil aber dennoch nicht nur mehrere Stellen in diesem Titel [58]) die Ueberzeugung geben, daß der Beweis einer Verneinung nicht nur möglich, sondern auch oft nothwendig sey, überdem den Päbsten selbst Fälle zur Entscheidung vorgetragen wurden, wo sie nicht anders, als der verneinenden Parthey, den Beweis auflegen konnten [59]); so suchten die Glossatoren des Canonischen Rechts durch den sonderbaren Unterschied zwischen einer negativa *iuris, facti* et *qualitatis* [60]), die Civilisten aber dadurch die Sache ins Reine zu bringen, daß sie für solche Negationen eine Ausnahme machten, quae vim affirmandi habent [61]). Allein wie wenig dadurch die Lehre gewann, zeigten die neuern Rechtsgelehrten, welche in ihren Schriften jene Regel auf mancherley Art zu berichtigen suchten, wie aus dem treflichen Werk des Weber [62]) zu ersehen

57) *Cap.* 11. *et* 12. *X. h. t. cap.* 23. *X. de elect.* S. Weber in der oben angef. Schrift. S. 209—217.

58) *L.* 5, *L.* 8 *L.* 15 *h. t.* Mehrere Beyspiele geben *L.* 11, *L.* 13, *L.* 14 *C h. t. L.* 10. *D. de Verb. Obl. L.* 5. *C. de Codicil. L.* 5. *C. de iniur.*

59) *Cap.* 5. *X. de renunciat.*

60) S. *J. H.* Boehmeri ius Eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 19. §. 5.

61) S. *Jac.* Cujacius Commentar. in Lib. III. Quaestion. *Papiniani* ad L. 1. D. de probat. et Comment. in Lib. LXIX. *Pauli* ad Edictum ad L. 2. eod.

62) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. VI. Abschn. §. 2. S. 157. ff.

ist. Doch wieder auf das Wort *dicere* zurückzukommen, so läßt sich darunter eben sowohl eine verneinende, als bejahende Behauptung begreifen. Es heißt hier soviel, als etwas vorbringen, oder behaupten, was zur Begründung einer Klage oder Einrede gehört, es mag das Seyn oder Nichtseyn einer bestrittenen Thatsache betreffen. Daher ist der Kläger in Rücksicht der Klage, der Beklagte aber in Hinsicht der Einrede is, qui dicit; mithin muß der Kläger den Grund seiner Klage, der Beklagte aber den Grund seiner Einrede beweisen, wie die nachfolgenden Fragmente [63]) lehren werden. Nun läßt sich auch gar leicht darnach bestimmen, welcher derjenige sey, *qui negat;* nämlich nicht derjenige, welcher etwas überhaupt verneinet, sondern derjenige, der die Thatsache abläugnet, welche der andere Theil zur Begründung seiner Intention gegen ihn angeführt hat. Wenn also der Beklagte den factischen Grund der Klage, oder der Kläger den factischen Grund der Einrede läugnet; so ist er der negirende Theil, und es bringt schon die Natur der Sache mit sich, daß demjenigen, welcher abläugnet, was gegen ihn vorgebracht wird, der Beweis nicht aufgelegt werden könne, auch selbst dann nicht, wenn der Gegner seine Behauptung zu erweisen nicht vermag, wie die Kaiser Diocletian und Maximian in der *L.* 23. *Cod. de probat.* an den Menelaus reſcribirt haben: Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate probandi contrarium non adstringit: *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.* Wenn also der Kläger selbst gesteht, daß er seine Behauptung zu beweisen nicht im Stande

63) *L.* 19. *pr.* *L.* 21. *in fin.* *D. h. t.*

ſey, ſo kann er nicht von dem Beklagten verlangen, daß dieſer nun das Gegentheil von der Behauptung des Klägers beweiſen ſolle; nicht darum, als ob überhaupt derjenige, der etwas verneinet, eben dadurch von allem Beweiſe frey ſey; denn das würde mit andern geſetzlichen Vorſchriften dieſes Titels, welche in der Folge vorkommen werden, im offenbaren Widerſpruche ſtehen, auch nicht deswegen, als ob eine Verneinung ſich per rerum naturam gar nicht beweiſen laſſe; dieß wäre nur dann der Fall, wenn der Beweis einer Verneinung ohne alle Beſchränkung auf Zeit und Ort geführt werden ſollte; auſſerdem läßt ſich das Nichtſeyn einer Thatſache ſo gut, als deren Seyn erweiſen; denn wo bliebe ſonſt der Gegenbeweis? ſondern weil vernünftigerweiſe derjenige mit keinem Beweiſe belaſtet werden kann, welcher eine gegen ihn angeführte Thatſache abläugnet [64]). So erklärt ſich nun auch ein anderes Reſcript eben dieſer Kaiſer, nämlich L. 8. C. h. t wo es heißt: Frustra veremini, ne ab eo, *qui lite pulsatur* (nämlich wenn der Beklagte die Klage läugnet) probatio exigatur. Man macht nun zwar in dem Falle eine Ausnahme, wenn die Verneinung aber Abläugnung eine Rechtsvermuthung gegen ſich hat. Allein die Rechtsvermuthung befreit nicht ſchlechterdings denjenigen von der Beweislaſt, der ſie für ſich hat, ſie bewirkt nur ſoviel, daß derjenige, welcher ſeine Klage oder Einrede auf eine ſolche Thatſache ſtützt, die von dem Geſetz aus einer andern gefolgert wird, nun freylich nicht weiter nöthig habe, die vom Geſetz gefolgerte Thatſache zu beweiſen. Nur in dieſer Hinſicht iſt

64) S. Weber a. a. O. Abſchn. 6. §. 3. S. 187. ff. und Borſt über die Beweislaſt im Civilprozeß. §. 18. ff.

es wahr, daß eine gesetzliche Vermuthung von Beweiß befreie. Er muß aber doch eine andere beweisen, welche den Vermuthungsgrund enthält [65]). Noch einen Beleg zu unserer *L.* 2. giebt *L.* 1. *C. h. t.* wo die Kaiser Severus und Antoninus an einen gewissen Faustinus auf folgende Art reſcribiren. Ut creditor, qui pecuniam petit, numeratam implere [66]) cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, eius rei probationem praestare debet. Klagt ein Gläubiger aus einem Darlehn, und der Beklagte läugnet den Empfang des Geldes; ſo muß der Kläger die Numeration beweiſen. Dem Beklagten liegt natürlicher Weiſe kein Beweis ob [66]). Denn er beſtreitet ja den Grund der Klage. Kann der Kläger jenen Beweis nicht beybringen, ſo muß der Beklagte von der Klage entbunden werden [67]). Be-

65) Nach der gewöhnlichen Interpunction ſteht das Komma nach numeratam. Allein das numeratam iſt richtiger mit implere zu verbinden, und das Komma nach pecuniam petit, zu ſetzen, wie auch ſchon Salmasius de modo Usurarum Cap. XI. pag. 472. dafürhielt. Wenn er jedoch für petit, lieber tradidit leſen will, ſo iſt dazu keine Nothwendigkeit vorhanden. Zwar bemerkt *Charondas* die Leſeart tradit. Allein die richtigere Leſeart iſt unſtreitig petit. *Charondas* bemerkt auch, daß in ſeinem Codex Auredaneus implere intentionem cogitur geleſen werde. Es heißt aber *implere*, wie ſchon die Gloſſe des Accurſius bemerkt, hier ſoviel als beweiſen, und bezieht man das Wort numeratam darauf, ſo iſt intentionem ganz überflüßig.

66) So iſt die *L.* 10. *Cod. de non num. pecunia* zu verſtehen, wenn es daſelbſt heißt: Negantis numerationem naturali ratione probatio nulla est.

67) Gellius *Noct. Atticar.* Lib. XIV. cap. 2. hätte ſich

Haupteid hingegen der Beklagte, er habe das Darlehn schon wieder bezahlt, so muß er den Beweis seiner Behauptung übernehmen, wenn der Kläger diese Einrede läugnet. Kann er diesen Beweis nicht führen, so muß er zur Bezahlung verurtheilt werden.

Fassen wir nun alles zusammen, so enthält unser Fragment folgenden Grundsatz, der uns den wahren Sinn desselben in seinem ganzen Umfange darstellt. Wer ein Factum vor Gericht anbringt, und dadurch eine Klage, oder Einrede, Replic oder Duplic zu begründen sucht, muß sein Anbringen, wenn es sein Gegner als unwahr bestreitet, so weit es zur Begründung seiner Intention erforderlich ist, und ihn nicht eine gesetzliche Vermuthung davon befreiet, um zu siegen, beweisen; seine Behauptung mag das Seyn oder Nichtseyn einer Thatsache betreffen. Der Beweis kann seinem Gegner, dem läugnenden, nicht aufgebürdet werden.

L. 3. PAPINIANUS[67]) *Libro nono Responsorum.*

Cum tacitum fideicommissum ab eo datur[68]),

hier, als Richter, nicht sollen irre führen lassen, durch den Philosophen Favorinus, um zu dem eidlichen Bekenntniß, *sibi non liquere* seine Zuflucht zu nehmen.

68) Cod. Erl. hat Paul.

69) Nach datur hat C. Erl. ein Punctum. In den *Basilicis* T. III. pag. 1. heißt es: Οτε δοθῇ τι τῷ μὴ δυναμένῳ κατὰ νόμους λαβεῖν ληγάτον ἀπό τοῦ γραφέντος ἐν τῇ πρώτῃ καὶ δευτέρα διαθήκῃ κληρονόμου.

qui tam in primo [70]) quam in secundo testamento pro eadem parte, vel postea pro maiore heres scribitur: probatio mutatae voluntatis [71]) ei debet incumbere, qui convenitur; cum secreti susceptiratio plurimumque dominis rerum persuadeat [72]), eos ita [73]) heredes scribere, quorum fidem elegerunt.

Tacitum fideicommissum wird in den Gesetzen eine Erbschaft oder Vermächtniß genannt, so einer unfähigen Person heimlich gegen das Verbot der Gesetze durch Vermittelung einer erbfähigen Person hinterlassen worden ist. Solche Fideicommisse erfand man in fraudem legum. Wenn nämlich ein Römer einer Person eine Erbschaft, oder einen Theil derselben, oder ein Vermächtniß zuwenden wollte, welcher im Testament entweder gar nichts, oder nicht soviel hinterlassen werden konnte, als der Testirer wollte; so setzte er eine fähige Person zum Erben ein, und ließ sich von derselben heimlich, mündlich oder schriftlich, versprechen, daß sie die Erbschaft oder das Vermächtniß, so wie es der Testirer wünschte, der ihr genannten unfähigen Person wieder abtreten wolle [74]).

i. e. *Cum ei, qui non potest secundum leges capere legatum ab eo datur, qui scriptus est in primo et secundo testamento heres.*

70) Haloander macht nach primo ein Komma. Eben so Baudoza.

71) Cod. Erl. voluntatis mutatae.

72) Haloander persuadet.

73) Cod. Erl. ita eos.

74) Brissonius de Verbor. iur. Signif. voc. *Tacitus* nr. 2. Ganz etwas anders ist *fideicommissum tacitum*, i. e.

Dergleichen Fideicommisse waren nichts Seltenes, wie die Beyspiele bey Cicero [75]) und Quinctilian [76]) beweisen. Ja Paulus hatte ein ganzes Buch *de tacitis fideicommissis* geschrieben [77]). Aus dem Justinianeischen Gesetzbuche sind folgende Stellen merkwürdig. *L.* 103. *D. de legatis I.* wo Julian (*lib.* 83. *Digestorum*) sagt: In *tacitis fideicommissis* fraus Legi fieri videtur, quotiens quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione vel chirographo obligaret se ad praestandum fideicommissum ei, qui capere non potest [78]). — *L.* 10. *pr. D. de his, quae ut indignis aufer.* (Cajus *lib.* 15. *ad L. Juliam et Papiam*). In fraudem iuris fidem accommodat, qui vel id, quod relinquitur, vel aliud tacite promittit restituturum se personae, quae legibus ex testamento capere prohibetur: sive chirographum eo nomine dederit, sive nuda pollicitatione repromiserit. Man sieht hieraus, 1) daß ein tacitum fideicommissum durch ein heimliches Einverständniß mit dem Erben mußte eingegangen worden seyn. War also der Erbe

quod tacita voluntate testatoris relinquitur. S. Wernsteneerg Princip. iur. sec. ord. Pand. Lib. XXXVI. Tit. 1. §. 3.

75) *De finib. bonor. et malor.* Lib. II. c. 17. et *in Verrem* Lib. XLI. cap. 47.

76) Quinctil. *Institut. orator.* Lib. IX. c. 4. Verb. Nam quia per leges institui uxor non poterat heres, id fuerat actum, ut ad eam bona *per hoc tacitum fideicommissum* pervenirent.

77) *L.* 49. *D. de iure fisci.* S. *Abr.* Wieling Iurispr. restituta. pag. 207.

78) Fast mit denselben Worten sagt das Nämliche auch Callistratus *L.* 3. *pr. D. de iure fisci.*

palam, d. h. in einem Teſtament oder Codicill gebeten worden, einer unfähigen Perſon die Erbſchaft, oder einen Theil derſelben wieder abzutreten; ſo war dieſes kein tacitum fideicommiſſum. Non intelligitur fraudem legi fecisse, ſagt Callistratus *libro* 3. *de iure fisci* [79]), qui rogatus est *palam* restituere. Das Vermächtniß war zwar ungültig, aber doch nicht ſtrafbar, es wurde pro non scripto gehalten. Ein Anders war, wenn der Teſtirer zwar das Fideicommiß im Teſtament angeordnet, aber die Perſon des Fideicommiſſars nicht genannt hatte [80]). War dieſes in fraudem legum geſchehen, ſo entſchuldigte den Erben nicht, daß die Anordnung des Fideicommiſſes im Teſtament enthalten war. Es war dennoch ein tacitum fideicommissum, wie Marcellus [81]) lehrt. 2) Der Fideicommiſſar muß ſchon zur Zeit des Teſtaments unfähig geweſen ſeyn. War er zu der Zeit erbfähig, allein zur Zeit des Todes des Erblaſſers in den Zuſtand gerathen, wo es ihm von den Geſetzen verboten iſt, das ihm zugedachte Erbtheil zu empfangen; ſo geht zwar das Fideicommiß zu Grunde, es bleibt aber doch bey dem Erben, weil ihm hier kein Betrug zur Laſt fällt. Ein Anders wäre, wenn ſich der Erbe auch auf dieſen Fall dem Erblaſſer heimlich anheiſchig gemacht hätte, das Fideicommiß zu reſtituiren. Nun artet es in ein tacitum fideicommissum aus [82]). 3) Der Erbe muß ein gewaltfreier Menſch ſeyn, der nicht aus Gehor-

79) *L.* 3. *pr. D. de iure fisci.*

80) Ein Beyſpiel davon hat Quinctilianus *Declamat. CCCXXV.*

81) *L.* 123. §. 1. *D. de legat. I.*

82) *L.* 29. §. 1. *D. de his, quae ut indignis.*

sam gegen den Erblasser verbunden war, das Fideicommiß zu übernehmen. Wenn also der Vater seinem Sohne, der noch unter der väterlichen Gewalt steht, ein geheimes Fideicommiß anbefohlen hätte, so entschuldiget den Sohn die Pflicht des Gehorsams [83]).

Die erste Lex [84]), welche die tacita fideicommissa verbot, war die *Lex Julia caducaria* oder *Papia Poppaea*. Nach diesem Gesetz sollten sie dem Erben entrissen und dem Staate zugeeignet werden. (*Populo vindicantur* [85]). Das Senatusconsultum Plancianum, wahrscheinlich unter Vespasian gemacht [86]), gestattete überdem auch dem Erben nicht, die quarta von einem solchen tacito fideicommisso abzuziehen, sondern erweiterte jenes Gesetz dahin, daß auch diese, und zwar jetzt, nämlich seit Caracalla [87]), an den kaiserlichen Fiscus verfallen seyn solle, welches nachher nochmals durch ein Rescript des Kaisers Divus Pius bestätigt wurde. Es handeln hiervon folgende Stellen. *L. 59. §. 1. D. ad Leg. Falcid.* wo Modestin (*lib. 9. Pandectarum*) sagt: Praeterea qui non capienti rogatus est resti-

83) *L. 19. §. 2. D. eodem. L. 45. D. ad L. Falcid.*

84) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts. §. 274. S. 400. der 5ten Aufl.

85) S. *Jo. Gottl.* Heineccii Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam. Lib. III. cap. 9. §. 6. et 7.

86) S. *Andr. Guil.* Crameri D. Vespasianus, sive de vita et legislatione T. Flavii Vespasiani Imp. Commentar. *Ienae* 1785. 8. pag 143—146.

87) Ulpianus *Tit. XVII.* §. 1. Hodie ex Constitutione Imp. *Antonini* omnia caduca fisco vindicantur.

tuere hereditatem, *Senatusconsulto Rlanciano* [88]) non conceditur quartam retinere: sed ea quarta, quam non retinuit, ad fiscum pertinet ex Rescripto *Divi Pii.* —— *L.* 11. *D. de his, quae ut indign. auser.* Hier ſagt Papinian (*lib.* 15. *Quaestion.*) Heres, qui tacitam fidem *contra Leges* accommodavit, in ea parte, *quae* [89]) fraudem adhibuit, *Falcidia* non utitur, *et ita Senatus censuit.* —— *L.* 17. §. 2. *D. de Usuris.* aus Paulus *lib. singulari de Usuris*, wo es heißt: In tacito fideicommisso omne emolumentum heredi auferendum, et fisco praestandum *Divus Pius* rescripsit. Ergo et usurarum emolumentum aufertur heredi. Begreift jedoch das tacitum fideicommissum nicht die Reſtitution der ganzen Erbſchaft, ſo kann von dem übrigen Theile des Nachlaſſes, welcher nicht in fraudem legis mit einem Fideicommiß belegt worden iſt, die Quarte abgezogen werden, wie Papinian in der angeführten *L.* 11. *D. de his, quae ut indign.* lehrt: Sed si maior modus institutionis, quam fraudis fuerit, quod

88) *Jo. Aug.* Bach in D. Trajano, sive de Legibus Trajani Imp. Commentar. (*Lipsiae* 1747. 8.) p. 50. sqq. ſucht zwar gegen Heineccius zu behaupten, daß das SCtum *Plancianum* das erſte Geſetz ſey, welches die tacita fideicommissa namentlich verboten habe. Allein Cramer cit. Commentar. pag. 147. sqq. hat deutlich dargethan, daß ſeine Gründe nicht überzeugen.

89) Haloander und Bandoza leſen in quo. Dieſe Leſeart billiget auch Wiſſenbach. Cramer l. l. p. 149. will qua oder quoi d. i. cui leſen.

ad *Falcidiam* attinet, de superfluo quarta retinebitur [90]).

In einem andern Kapitel des Plancianiſchen Senatusconſults war noch verordnet, daß derjenige, welcher einer unfähigen Perſon ein Fideicommiß zu reſtituiren, dem Teſtirer in fraudem legis angelobt hätte, nicht nur die Quarte, ſondern auch das Accreſcenzrecht verlieren ſolle, welches ihm ſonſt in dem Falle, da er Kinder hatte, in Anſehung eines vacanten Erbtheils nach den Geſetzen zugeſtanden hätte [91]). Die Lex Julia caducaria hatte nämlich verordnet, wenn einer von den Miterben wegfiele, und die ihm im Teſtamente zugedachte Erbportion nicht erhielte, ſo ſollte dieſer caduc gewordene Erbtheil nicht, wie nach dem alten Recht, den übrigen Miterben accreſciren, ſondern der Staatskaſſe zufallen. Eine Ausnahme ſollte jedoch in dem Falle ſtatt haben, wenn der Teſtirer ſeine Kinder, oder Eltern, und zwar dieſe bis zum dritten Grade, oder auch fremde Perſonen zu Erben eingeſetzt hätte, welche Kinder haben. In dieſen Fällen ſollte den Erben die pars caduca, wie nach dem alten Recht üblich war, accreſciren [92]). Dieſes Accreſcenzrechts machte ſich nun auch der Erbe in dem Falle verluſtig, da er ein tacitum fideicommissum übernommen hätte. Ulpian [93]) hat uns dieſes zweyte Kapi-

90) S. Weſtphal Theorie des Röm. Rechts von Teſtamenten. §. 1136. S. 831.

91) Cramer c. l. pag. 157. sq.

92) Ulpianus *Fragm. Tit. XVIII.* Schulting Iurisprud. Antejust. pag. 617. sq. Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. III. cap. 3. pag. 383. sqq.

93) *Fragm.* Tit. XXV. §. 17. Schulting ad h. L. in Iu-

tel des Senatusconsults in folgenden Worten hinterlassen. Si quis in fraudem tacitam fidem accommodaverit, ut non capienti fideicommissum restituat, *nec quadrantem eum deducere, Senatus censuit: nec caducum vindicare ex eo testamento, si liberos habeat.*

Da die Lex Julia caducaria Belohnungen darauf gesetzt hatte, wenn Jemand dem Staats-Aerarium caduca anzeigen würde [94]); so fügte Trajan in einem Edict hinzu, daß auch der Incapax selbst, so lange ihm noch keiner zuvorgekommen wäre, das Recht haben sollte, dasjenige, was ihm nach dem Willen des Erblassers ungültig hinterlassen war, dem Fiscus anzuzeigen; worauf er dann zur Belohnung die Hälfte davon behalten, oder erhalten sollte, je nachdem er entweder schon im Besitz wäre, oder nicht [95]).

Ein tacitum fideicommissum muß übrigens bewiesen werden. Bloße Vermuthungen sind dazu nicht

risprud. Antejust. pag. 664. et *Jo.* Cannegieter Notae ad h. L.

94) Tacitus Annal. Lib. III. cap. 28. Suetonius in Nerone. c. 10. Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. III. cap. 10.

95) *L.* 1. *pr. L.* 13. 15. 16. 42. *pr.* et *L.* 49. *D. de iure fisci.* S. Bach Trajanus pag 44. sqq. Auf dieses Edict von Trajan geht auch das von Niebuhr zu Verona entdeckte Bruchstück aus einem alten unbekannten Röm. Juristen, welches von Savigny in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 3. B. S. 159 — 162. und S. 306 — 308. erläutert hat.

hinreichend. Papinian erläutert dieſes *libro XIX. Responsorum* [96]) durch folgenden Fall: Si gener socerum heredem reliquerit, *taciti fideicommissi suspicionem* sola ratio paternae adfectionis non admittit. Der Erblaſſer hatte nämlich eine Frau hinterlaſſen, welche, auſſer der decima matrimonii nomine, und dem Nießbrauch vom dritten Theile der Güter, nach der Lex Julia [97]) nichts erhalten konnte. Er hatte daher ſeinen Schwiegervater zum Erben eingeſetzt. Die Inteſtaterben ſchöpften daraus einen Verdacht, das Teſtament möchte in fraudem legis decimariae gemacht, und der Schwiegervater durch ein tacitum fideicommissum verpflichtet worden ſeyn, die Erbſchaft ſeiner Tochter, nämlich der Wittwe des Erblaſſers, zu reſtituiren. Allein Papinian erklärt dieſen Verdacht für ungerecht. Der Grund, daß der Erblaſſer den Schwiegervater zum Erben eingeſetzt hat, ſey noch kein Beweis eines ſolchen geheimen Verſtändniſſes [98]). Dazu werden manifestissimae probationes erforbert, wie Callistratus *lib.* 3. *de iure fisci* [99]) ſagt: Tacita autem fideicommissa frequenter sic deteguntur, si proferatur chirographum, quo se cavisset, cuius fides eligitur, quod ad eum ex bonis defuncti pervenerit, restituturum. Sed

96) *L. ult. D. de his, quae ut indig. auſer.*

97) Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 14. pag 269. sqq.

98) S. Heineccius c. l. §. 7. pag 273. Pothier Pandect. Justinian. T. II. Lib. XXX. de legatis Nr. CCCXCIV. not. e. pag. 353. und Weſtphal von Teſtamenten. §. 1140.

99) *L.* 3. §. 3 *D. de iure fisci.*

et *ex aliis probationibus manifestissimis* idem fit. Nur ein Fall wird ausgenommen, wo die Vermuthung eintreten soll, nämlich wenn der Testirer zwar den Erben im Testament gebeten, die Erbschaft zu restituiren, aber die Person, welcher er sie wieder abgetreten haben will, im Testament nicht angezeigt hat, wie Marcellus [100]) lehrt, wenn er *libro singulari Respónsorum* folgenden Fall vorträgt: In testamento ita scriptum est: *Cajo Sejo illud et illud heres meus dato: et te rogo, Seji, fideique tuae mando, uti ea omnia, quae supra scripta sunt, reddas sine ulla mora, ei redde res ipse.* Quaero, an tacitum fideicommissum sit, cum personam testator, cui restitui vellet, testamento non significaverit? Marcellus respondit, si in fraudem legum tacitam fidem Sejus accommodasset: nihil ei prodesse potest, si his verbis paterfamilias cum eo locutus esset: *non enim ideo circumvenisse minus leges existimandus est, cum perinde incertum sit, cui prospectum voluerit.*

Von einer andern Vermuthung ist in unserer *L. 3. de probat.* die Rede. Der Erblasser hatte den Erben, welchem er in dem ersten Testamente ein tacitum fideicommissum aufgelegt hatte, nachher in einem zweyten Testament abermals zum Erben ernannt. Der Erbe wird deshalb in Anspruch genommen. Das Fideicommiß selbst war hier keinem Zweifel unterworfen. Vermuthlich hatte sich der Testirer, wie in solchen Fällen gewöhnlich war, von dem Erben einen Revers (cautio) aus-

100) *L. 123. §. 1. D. de legat. I.*

ſtellen laſſen [1]). Es kann auch wohl ſeyn, daß der Fideicommiſſar ſich ſelbſt bey den Procuratoren des Fiscus deferirt hatte, um wenigſtens die Hälfte des Fideicommiſſes, als Belohnung, ſicher zu erhalten. Genug der Fiduciar wird von dem Fiscus, dem deswegen ſogar eine actio in rem geſtattet iſt [2]), belangt. Der Erbe ſchützt vor, der Teſtirer habe durch das zweyte Teſtament das erſte, und mit demſelben auch das Fideicommiß wieder aufgehoben. Wäre das Fideicommiß in dem erſten Teſtamente palam hinterlaſſen worden, ſo hätte freylich der Erbe Recht, wenn er behauptet, das Fideicommiß ſey aufgehoben, weil es in dem zweyten Teſtamente nicht wiederholt worden iſt. Allein hier iſt von einem tacito fideicommisso die Rede. Bey dieſem gilt der Schluß von der Aenderung des Teſtaments auf die Aufhebung des Fideicommiſſes nicht. Es iſt vielmehr zu vermuthen, der Teſtirer, welcher das Teſtament geändert, und doch die Perſon des Erben nicht geändert hat, habe, wegen des geheimen Verſtändniſſes mit dem Erben, blos um den Betrug noch mehr zu verbergen, das Teſtament geändert, um dadurch den Glauben zu erwecken, als ſey das Fideicommiß aufgehoben, welches gleichwohl der Teſtirer geleiſtet wiſſen wollte, und weshalb ſich ihm der Erbe insgeheim verpflichtet hatte. Dem Erben liegt alſo billig der Beweis ob, daß der Teſtirer durch die Aenderung des Teſtaments wirklich die Abſicht gehabt habe, das Fideicommiß aufzuheben. So klärt ſich nun der Grund auf, den Papinian anführt: *cum secreti suscepti ratio plerumque dominis rerum persuadeat, eos ita he-*

1) *L.* 48. *pr. D. de iure fisci.*

2) *L.* 43. *D. eodem.*

redes scribere, quorum fidem elegerunt [3]). Der Ausdruck *secreti suscepti ratio* heißt hier soviel, als tacitae fidei, testatori ab herede contra leges accommodatae, ratio. *Domini rerum* sind die Testatoren. *Persuadeat, eos ita heredes scribere*, d. h. Solent testatores, ut fraudi suae maiorem nubem obiiciant, mutare testamentum, et in secundo testamento eosdem scribere heredes, quorum fidem scilicet tacitam elegerunt, ut fideicommissum mutatum esse intelligeretur, quod nihilo tamen minus praestari volebant. Sehr treffend sagt der griechische Scholiast der Basiliken [4]): ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον γὰρ ἐκείνους ἐν δευτέρα διαθήκῃ γράφειν εἰώθαμεν κληρονόμους, οἷς ἅπαξ τὰς ἀπορρήτους ἡμῶν ἐθαρρήσαμεν γνώμας. i. e. *Plerumque enim in secundo testamento eos heredes scribere solemus, quibus semel secretam voluntatem nostram commisimus.*

L. 4. Paulus *libro sexto Responsorum* respondit [5]).

3) Man vergleiche über diese Stelle vorzüglich *Jac.* Cujacii Commentar. in lib. IX. Responsor. Papiniani ad L. 3. D. de probat. *Operum a Fabroto* editor. Tom. I. pag 389. *Franc.* Duareni Comment. in h. Tit. Cap. 3. *Oper.* pag. 936. *Anton.* Fabri Conjecturar. Iuris civ. Lib. XVII. cap. 3. pag. 601. (*Aurel. Allobrog.* 1609. f.) und *Ios.* Averanii Interpretat. iuris. Lib. V cap. 2. nr. 7.

4) Βασιλικῶν Tom. III. pag. 24.

5) *Respondit* fehlt in unserm Cod. Erl. es steht auch nicht bey Haloander und Baudoza.

Emtorem probare debere, eum servum, de quo quaeritur [6]), antequam emeret [7]), fugisse [8]).

Wenn der Sklave nach der Uebergabe dem Käufer entlief, das heißt, die Wohnung seines neuen Herrn verließ, in der Absicht, nicht wieder zurückzukehren; so war er ein Flüchtling (servus fugitivus) [9]). Konnte aber deswegen der Käufer actione redhibitoria gegen den Verkäufer klagen? Es kam darauf an, ob er beweisen konnte, daß der Sklave auch schon vor dem Kaufe ein fugitivus war. Diesen Beweis muß der Käufer übernehmen, denn es ist eine Thatsache, welche zur Begründung seiner Klage gehört, weil der Fehler schon vor dem Contract da gewesen seyn muß [10]). Kann er diesen Beweis nicht führen, so wird angenommen, der Sklave sey erst bey dem Käufer ein Flüchtling geworden, und dann ist dieß ein neuer Fehler, für welchen der Verkäufer nicht stehen darf [11]). Wieweit aber der Sklave, in Ermangelung anderer Beweismittel, deshalb auf die Tortur gebracht werden könne, und seinem Geständniß zu glauben sey, wird die *L. 7. D. h. t.* lehren.

---

6) Haloander lieset queritur.

7) Die *Basilica* Tom. III. pag. 1. haben: πρὸ τῆς πράσεως, *ante venditionem.*

8) Ausser dem letztern Punct hat Cod. Erl. keine weitern Interpunctionen.

9) *L. 17. §. 1—3. D. de aedilit. Edicto.*

10) S. den 20. Th. dieses Commentars §. 1108. S. 57.

11) *L. 54. D. de aedilit. Edicto. L. 3. Cod. de aedilit. actionib.*

L. 5. IDEM *Libro nono Responsorum.*

Ab ea parte, quae dicit adversarium suum ab [12]) aliquo iure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere [13]). Idem [14]) respondit, si quis negat [15]) emancipationem recte [16]) factam, probationem ipsum praestare debere [17]).

Soviel den ersten Theil dieses Gesetzes anbetrifft, so ist hier nicht von dem Falle die Rede, wenn über das Daseyn eines gesetzlichen Verbots gestritten wird. Denn wäre dieß der Fall, so könnte wohl der Beweis von keiner Parthey verlangt werden; weil der Richter das Gesetz selbst kennen muß, und seine Kenntniß nicht erst aus der Beweisführung der Partheyen schöpfen darf. Es ist vielmehr, wie Weber [18]) ganz richtig bemerkt, hier von Befugnissen die Rede, die an sich zu den gemeinen Rechten gehören, von denen aber gewisse Personen durch besondere Vorschriften ausgeschlossen sind. Behauptet nun eine Parthey vor Gericht, ihr Gegner gehöre zu diesen Personen, welche das Gesetz von einem gewissen Recht

12) Ab steht bey Haloander nicht.

13) Haloander hat oportet.

14) Haloander Ideoque.

15) Haloander neget.

16) Haloander rite.

17) Haloander ipsum praestare debere probationem Eben so Baudoza. Cod. Erl. stimmt ganz mit der Torellischen Lesart überein. Er hat aber nur nach oportere, und nach debere ein Punct.

18) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproz. Abschn. II. Not. 1. S. 19. f. Man vergl. auch *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaest. Lib. II. cap. 11.

ausschließt [19]); so kann sie nicht verlangen, daß ihr Gegner seine Rechtsfähigkeit beweise, sondern dieser erwartet vielmehr billig den Beweis von dem, welcher ihm dieselbe streitig macht. Z. B. eine Parthey macht der andern die gesetzmäßige Fähigkeit zur gerichtlichen Rechtsverfolgung (legitimam personam standi in iudicio) streitig. Hier muß ihr der Beweis des behaupteten Mangels aufgelegt werden, denn sie behauptet etwas, was zu den Ausnahmen des gemeinen Rechts gehört [20]).

Der andere Theil des Gesetzes betrifft den Fall, wenn die Partheyen darüber, ob die vorgeschriebene Form bey einem Rechtsgeschäft beobachtet worden sey, oder nicht, im Streite befangen sind. Der Streit hat hier die Gültigkeit einer Emancipation zum Gegenstande. Er betrifft also ein schon vollzogenes Geschäft. Es ist sehr natürlich, daß derjenige, welcher ein Geschäft, das er selbst vollzogen hat, wieder aufgehoben wissen will, den Beweis übernehmen müsse, daß dasselbe wegen Mangels an gesetzlicher Form ungültig war. Behauptet also der Vater, wie sich die griechischen Scholiasten [21]) den Fall gedenken, der Sohn, der als ein homo sui iuris sich gerirt, sey nicht auf eine gesetzmäßige Art emancipirt worden; so muß er die Ungültigkeit der Emancipation, als den Grund seiner Klage beweisen, und dieser Beweis liegt ihm um so mehr ob, da er den Zustand, den er selbst aufhob, oder

19) Die *Basilica* T. III. pag. 2. Const. 6. haben κωλύεσθαι τινος δικαίου, welches dem prohiberi ab aliquo iure vollkommen entspricht.

20) S. *Ant.* Schulting Thes. controv. Dec. XCVI. Th. 9. et Dec. XCVII. Th. 2. Vinnius c. l. cap. 12.

21) *Basilica* Tom. III. pag. 26.

aufheben ließ, wieder hergestellt wissen will, und eine Handlung angreift, deren Gültigkeit er durch den Vollzug selbst anerkannt hat [22]). Es ist etwas ganz Anders, wenn Jemand aus einer Willenshandlung, deren Gültigkeit von der Beobachtung einer gewissen Form abhängt, ein Recht geltend machen will, und dann deren Förmlichkeit von dem Gegner bestritten wird. Hier muß natürlich derjenige, welcher sein vermeintliches Reche aus dem Geschäft durchsetzen will, auch darthun, daß die Willenshandlung gültig, folglich in der gehörigen Form geschehen sey. Wer also z. B. aus einem Geschäft klagt, daß eine obrigkeitliche Bestätigung, oder gerichtliche Insinuation, nach Vorschrift der Gesetze zu seiner Gültigkeit erfordert, dem liegt es unstreitig ob, zu zeigen, daß diese Form beobachtet worden sey, wenn der Gegner das Vorhandenseyn derselben läugnet [23]).

Dahingegen fällt aller weitere Beweis der Förmlichkeit einer Handlung als überflüßig hinweg, wenn derjenige, wider welchen aus der Handlung geklagt wird, dieselbe eingegangen zu haben schriftlich bekannt hat. Denn die Gesetze nehmen an, daß derjenige, welcher etwas versprochen zu haben schriftlich bekennt, auch eben dadurch die Förmlichkeit des Versprechens eingestanden habe [24]).

---

22) S. Barst über die Beweislast im Civilproceß §. 70. nr. 4. S. 116.

23) Weber a. a. O. Abschn. VI. Nr. 30. S. 278. ff.

24) §. 17. *I. de inutilib. stipulat.* Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem: *perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit.* (aus Pauli *Sententiar. Receptar.* Lib. V.

L. 6. Scaevola *libro secundo Responsorum.*

Patronum manifeste docere debere [25]), libertum in fraudem suam aliquid dedisse [26]), ut partem eius, quod in fraudem datum esset, posset [27]) a vocare [28]).

Dieſes Fragment bezieht ſich auf die Erbfolge des Patrons in das Vermögen ſeines Freygelaſſenen. Scävola verſteht daher unter patronus hier einen ſolchen Manumiſſor, der ein römiſcher Bürger war. Denn ein Latinus konnte damals ſo wenig, als ein peregrinus, das Patronatrecht über einen Freygelaſſenen erwerben [29]). *Libertus* aber iſt ihm ein ſolcher Freygelaſſener, der durch die Manumiſſion das römiſche Bürgerrecht erhalten hat [30]).

Tit. 7. §. 9.) — §. *ult. I. de fideiusser.* Ideoque constat, si quis se scripserit fideiussisse, *videri omnia solemniter facta.* (aus Ulpiani *libro* 47. *ad Sabinum. L.* 30. *D. de Verbor. Obligat.*) Gleichen Inhalts iſt *L.* 14. *C. de contrah. et committ. stipulat.* S. Borſt a. a. O. §. 76. nr. 3.

25) *Cod. Erl.* Patronus manifeste docere libertum debet in fraudem suam, etc. Haloander, Patronus manifeste docere debet. Eben ſo Baudoza.

26) Die Basilica Tom. III. pag. 2. Const. 6. haben den Ausdruck ἐκποιῆσαι, i. e *alienasse.*

27) Baudoza possit.

28) Cod. Erl. possit advocare.

29) Plinius Lib. X. Ep. 6. S. Heineccii Commentar. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 22. §. 3. pag. 349.

30) Ulpian bemerkt dieſes ausdrücklich, wenn er *L.* 3. §. 1. *D. de suis et legitim. hered.* ſagt: *Libertum* accipere debemus eum, quem quis ex servitute ad civitatem Romanam perduxit.

Dem bey den Latinis und dedititiis hatte zur Zeit des Scävola noch keine Erbfolge Statt. Ihr Vermögen fiel nach ihrem Tode, wie das Peculium eines Sklaven, dem Manumissor anheim [31]). Erst Justinian hob den Unterschied auf. Nach dem Recht des Justinianeischen Zeitalters mußten also diese Ausdrücke allgemein genommen werden. Wegen des Erbrechts des Patrons hatten nun vor Justinian mancherley Verordnungen Statt, welche in dem Tit. de successione libertorum der Institutionen [32]) nach der Zeitfolge angegeben worden sind. Uns dient hier zur Erläuterung unsers Fragments nur zu wissen, inwiefern der Patron behaupten konnte, sein Libertus habe in fraudem suam über sein Vermögen verfügt. Ulpian [33]) bestimmt dieses nach den Worten des prätorischen Edicts im Allgemeinen auf folgende Art: *Si quid dolo malo liberti factum esse dicetur* (sive testamento facto, sive intestato libertus decesserit) *quo minus, quam* PARS DEBITA BONORUM *ad eorum quem perveniat, qui contra tabulas bonorum possessionem accipere possunt: cognoscit Praetor, et operam dat, ne ea res ei fraudi sit.* Es kommt also darauf an, worin der dem Patron gebührende Erbtheil bestand. Nach den Gesetzen der 12 Tafeln brauchte der Freygelassene seinem Patron gar nichts zu hinterlassen. Der Prätor fand dieses aber unbillig; er verordnete daher in seinem Edict, daß der Libertus dem Patron die Hälfte seines Vermögens hinterlassen solle, widrigenfalls sollte der Patron das Testament mit der bonorum pos-

31) §. 4. *I. de success. libertor.*

32) *Prine.* et §. 1. *et* 2. *I. eodem.*

33) *L.* 1. *pr. D. Si quid in fraudem patroni.*

sessio contra tabulas bis auf dieſen Theil des Nachlaſſes anfechten können. Auch die Hälfte der Inteſtaterbſchaft ſollte dem Patron in dem Falle zu Theil werden, da der Freygelaſſene blos ein Adoptivkind hinterlaſſen hätte. Leibliche Kinder hingegen ſollten ohne Unterſchied, ſie ſeyen sui oder emancipati, den Patron ausſchlieſſen [34]). Die hierauf unter Auguſt erſchienene *Lex Papia Poppaea* machte einen Unterſchied in Rückſicht des Vermögens. Hatte der Freygelaſſene noch keine 100000 Seſterzien im Vermögen (centenario minor), ſo konnte er den Patron in ſeinem Teſtamente nach Gefallen ausſchlieſſen [35]). Ein reicherer Libertus (centenarius) hingegen ſollte dem Patron wenigſtens einen Kindestheil (pars virilis) [36]) hinterlaſſen, wenn er weniger als drey Kinder hätte. Hinterließ er drey, ſo konnte er den Patron übergehen [37]). Die Lex Papia gieng alſo blos auf den Fall, wenn ein libertus centenarius Kinder hinterließ. Starb er ohne Kinder, ſo gebührte dem Patron

34) Ulpianus *Fragm. XXIX.* §. 1. Justinian *Pr. et* §. 1. *I. de success. libertor.* Heineccius c. l. p. 349.

35) S. *Cornel van* Binkershoek Observation. Iuris Rom. Lib. VIII. cap. 18. pag. 346. (*Francof.* et *Lipsiae* 1739. 4.)

36) Unter dieſer pars virilis konnte auch zuweilen, wie Ulpian *L.* 14. *D. de Verb. Signif.* bemerkt, die ganze Erbſchaft begriffen ſeyn, wenn nur ein Kind vorhanden war, und dieſes von der väterlichen Erbſchaft abſtinirte, oder die Zeit der bonorum possessio verſäumt hatte. S. *Jo.* Gorddaei Commentar. ad Tit. de Verb. Signif. c. L. pag. 960. und Heineccius c. l. §. 4. p. 354.

37) §. 2. *I. de success. libertor.*

die Hälfte der Verlassenschaft nach dem Edict des Prätors [38]). Dieß ist nun also die in den Gesetzen der Pan-

38) Justinian giebt dieses in den Worten der angeführten Stelle nicht undeutlich zu erkennen, wenn er sagt: Itaque cum unum filium filiamve heredem reliquerat libertus: perinde pars dimidia patrono debebatur, *ac si is sine ullo filio filiave testatus decessisset.* Er vergleicht hier, wie *Franc.* Broeus in Expositionib. in Justiniani Institut. ad h. §. 2. de succ libertor. (*Paris* 1622 4.) pag. 552. sehr richtig bemerkt, die Lex Papia mit dem Edict des Prätors. Beyde treffen in dem hier angegebenen Falle in Absicht auf die Größe der portio debita zusammen. So wie nämlich der Patron nach der Lex Papia die Hälfte des Nachlasses erhält, wenn der Libertus centenarius ein Kind hinterließ, er mochte mit oder ohne Testament gestorben seyn; eben so erhielt der Patron auch nach dem Edict des Prätors die Hälfte, wenn der Freygelassene ohne Kinder starb, und ein Testament gemacht hatte. Es heißt zwar in vielen Handschriften und Ausgaben, selbst in der neuesten von Biener, intestatus, und diese Leseart vertheidigen auch Broeus und *Ev.* Otto. Allein schon *Jac.* Cujacius Observation. Lib. III. cap. 13. und Lib. XVII c. 13. hat gezeigt, daß man *testatus* lesen müsse. Denn starb der Libertus ohne Kinder intestato, so erbte der Patron allein. *L. 3. pr. D. de suis et legitim. heredib. L. 17. D de bonis libert.* Diese Vorschrift der 12. Tafeln hat auch der Prätor nicht abgeändert. Allerdings entscheidend ist auch hier die griechische Paraphrase des Theophilus, wo es heißt: ἐπὶ διαθήκῃ. Die meisten, als Hotoman, Contius, Russard, Charondas, Baudoza, Winnius u. a. m billigen daher diese Leseart. Zwar wenden *Janus a* Costa u. *Em.* Merillius in Comm. ad §. 2. I. cit. ein, der Prätor habe in seinem Edict von zwey Fällen gehandelt, 1) wenn der Freygelassene

decten ſo genannte *portio patrono debita* [39]), welche der Freygelaſſene durch keine nachtheilige Verfügungen über ſein Vermögen verletzen durfte, und welche alſo auch Scävola meinte. Da indeſſen Juſtinian in einer neuern Verordnung, deren er in den Inſtitutionen gedenkt [40]), nämlich in ſeiner Conſtitution de iure patronatus, welche aber verloren gegangen iſt [41]), die Lex

ein Teſtament macht, und 2) wenn er ohne Teſtament ſtirbt, aber ein Adoptivkind hinterläßt. Es ſey nun viel natürlicher, der Leſeart der alten Codicum zu Folge, den letztern Fall hierher zu rechnen. Aber dann könnte es doch im Text unmöglich heißen; *sine* ULLO *filio filiave*, wenn ein Adoptivkind da iſt. Und würden nicht vielmehr die Verfaſſer der Inſtitutionen mit eben ſo wenig Worten: *relicto filio adoptivo* geſagt haben? Vergl. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 676. Not. 16.

39) *L.* 3. §. 10. *D. de bonis libertor. L.* 21. §. 1. *et* 2. *D. de iure patronat. L.* 26. *D. de bonis libert.* Genauer pflegten die Röm. Rechtsgelehrten die Größe dieſer portio debita nicht zu bezeichnen. Sie ſagten nie: pars dimidia, pars virilis. Dieſe Beſtimmung mußte ſich aus den Umſtänden des vorgetragenen Falles ergeben. S. BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 18. pag. 345.

40) §. 3. *I. de Success. libertor.*

41) CUJACIUS Observat. Lib. XX. cap. 34. reſtituirte ſie zuerſt wieder aus den Baſiliken, aber nicht vollſtändig. Er fügte auch noch einen kurzen lateiniſchen Auszug von dieſer Verordnung bey, den er, wie er ſagt, in einer alten Handſchrift gefunden hatte. Nun nahm zuerſt CONTIUS dieſe reſtituirte Conſtitution in ſeine Ausgabe des Codex auf, welche zu Lyon 1571. erſchien, und aus dieſer gieng ſie in alle nachherige Ausgaben über.

Papia darin abgeändert hat, daß wenn der Freygelassene hundert und mehrere aureos hinterlassen, (denn so soll die Summe der Lex Papia verstanden, und für tausend Sesterzien ein aureus gerechnet werden) und entweder gar keine Kinder vorhanden, oder die Kinder enterbt, oder von der Mutter, oder dem mütterlichen Großvater präterirt worden sind, und zwar auf solche Art, daß ihre Testamente nicht als pflichtwidrig angefochten werden können, dem Patron, oder auch der Patronin, statt der Hälfte, nur das Drittel von den Gütern des Libertus hinterlassen werden soll, welches dieselben, wenn sie im Testament übergangen worden sind, mittelst der bonorum possessio contra tabulas erhalten sollen; so ist wohl sehr natürlich, daß man sich nun zu Justinian's Zeiten auch die debita portio des Patrons nicht anders, als in dieser neuen Bestimmung, erklären mußte.

Weil es also bey der debita portio patroni nicht nur zu Scävola's, sondern auch zu Justinian's Zeiten auf den Betrag des Vermögens des Liberti ankam; so geschahe es nicht selten, daß die Freygelassenen ihr Vermögen zum Nachtheil ihrer Patronen durch Schenkungen und andern Veräusserungen unter den Lebenden [42])

Wie aber Meerman Tom. V. Thes. iuris civ. et canon. das 49—52. Buch der Basiliken mit einer lateinischen Uebersetzung des Reitz edirte, so nahm Spangenberg diese vollständigere Constitution aus dem 49. Buche der Basiliken, nebst der lateinischen Uebersetzung des Reitz, in die Göttinger Ausgabe des Corpus iur. civ. auf, wo sie im Cod. Const 4 Lib. VI. Tit. 4. *de bonis libertorum et iure patronatus* sich befindet.

42) *L.* 1. §. 9. 12. 13. *et seqq. D. Ne quid in fraudem patroni.*

abſichtlich verminderten, um entweder nicht als centenarii zu ſterben, und dadurch den Patron um ſeinen ganzen Erbtheil zu bringen, oder, wenn ſie auch, der Veräuſſerung ungeachtet, noch centenarii blieben, doch den ihm gebührenden Erbtheil zu verkürzen. Nach dem Edict des Prätors konnten nun dergleichen pflichtwidrige Veräuſſerungen von dem Patron revocirt werden [43]). Es fragte ſich nur, wie weit dieſe Revocation Statt finde? Ulpian [44]) (*libro X. ad Legem Iuliam et Papiam*) unterſcheidet, ob die Veräuſſerung in fraudem legis, oder blos in fraudem patroni geſchehen ſey. Im erſten Falle ſey die Veräuſſerung ipso iure nichtig, ſie konnte alſo ganz umgeſtoßen, und alles revocirt werden, was veräuſſert worden iſt. In dem letzten Falle aber ſey zwar die Veräuſſerung an ſich gültig, jedoch könne ſie inſofern, als ſie dem Patron zum Nachtheile gereicht, mittelſt der *actio Faviana* oder *Calvisiana* [45]) angefochten und revocirt werden. *In fraudem legis* ſey nun die Veräuſſerung geſchehen, wenn ſich der Freygelaſſene dadurch zu einem centenario minor gemacht hatte. *In fraudem patroni* aber, wenn zwar der Freygelaſſene auch noch nach der Alienation ein maior centenario blieb, aber doch dadurch die Portion ſeines Patrons verkürzt hatte [46]). Ue-

43) *L. 1. pr. et §. 3 D. eodem.*

44) *L. 16. pr. D. de iure patronatus.*

45) Von dieſen Klagen iſt ſchon an einem andern Orte (7ten Th. §. 550. S. 192.) gehandelt worden.

46) S. Heineccius ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 22. §. 4. pag. 352. sq. und *Guil. Ott.* Reitzii Annotation. sporad. in *Opuscul. iurid.* ex Observat. miscellan. Batavis in unum Volumen a Püttmanno collect. (*Halae* 1782. 8.) pag. 143. sq.

Verfall gehörte jedoch zur Begründung einer solchen revocatorischen Klage, daß die Veräusserung von Seiten des Freygelassenen dolo malo geschehen seyn mußte. Ob derjenige, an welchen die Veräusserung geschehen, darum gewußt habe oder nicht, darauf kam nichts an [47]). Wem sonst, als dem Kläger, konnte also der Beweis hiervon obliegen? Dieser Beweis mußte aber durch dringende Anzeigen [48]) geführt werden, welches Scävola mit den Worten: *manifeste* probare debere, andeuten will.

L. 7. Paulus *libro secundo Sententiarum* [49]).

Cum probatio prioris fugae deficit [50]), servi quaestioni [51]) credendum est: in se enim interro-

47) *L.* 1. §. 4. *D Si quid in fraud. patroni.*

48) *L.* 6. *Cod. de dolo malo.* Dolum *ex indiciis perspicuis* probari convenit. *Jac.* Cujacius hat in seinen Recitationib. in libr. II. Responsorum Cerv. Scaevolae (*Operum* a *Fabroto* editor. T III. p. 230.) über dieses Fragment fast gar nichts Erhebliches gesagt.

49) In den Fragmenten bey *Ant.* Schulting in Iurisprud. Antejustin. steht diese Stelle des Paulus *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 17. §. 13 pag. 296. S. auch Hugo Ius. civ antejustin. Tom. I. pag. 122.

50) Bey Schulting defecerit.

51) So haben auch die *Basilica* T. III. pag. 2. τῇ ἐν βασάνῳ ἀυτοῦ ξητήσει πιστεύομεν, i. e. examini eius in tormento credimus. Allein bey Sch. steht *responsioni*. Cujacius Observation. Lib. V. c. 38. hält die Lesart *quaestioni* für einen Tribonianismus, und weil *L.* 58. §. *ult. D. de Aedilit. Edicto* auch steht servi

gari, non pro domino aut in dominum vide tur [52]).

Es wird hier fortgesetzt, was oben L. 4. vom Beweise bey der Nedhibition eines servi fugitivi gesagt wurde. Dem Kläger lag der Beweis ob, daß der Sklave ex veteri vitio entflohen sey. Dieß wird hier probatio prioris fugae genennt. Die Basiliken haben diese Worte ganz richtig erklärt, wenn sie sagen: Ἐὰν μὴ δείκνυται, εἰ παρὰ τῷ πράτῃ φυγὰς ἦν ὁ δοῦλος. d. i. Si non probetur, an *apud venditorem* servus fugerit. Hatte nun der Käufer zwar diesen Beweis unternommen, aber nicht vollständig geführt; er hatte wenigstens solche Anzeigen beygebracht, daraus eine Wahrscheinlichkeit entstand, daß der Sklave schon seinem vorigen Herrn einmal entlaufen sey; (dieß heißt hier probatio deficit, nicht gänzlicher Mangel an allem Beweise, wie Gerh. Noodt [53]), dem auch Schulting [54]) beystimmt, diesen Ausdruck richtig erklärt haben) so konnte der Sklave der Folter unterworfen, und der Mangel des Beweises durch sein Geständniß ergänzt werden. Hierher

responso credendum est; so meint er, Tribonian habe durch seine Interpolation ein ἐναντίωμα inexplicabile veranlaßt. Allein man sehe die Auflösung bey Schulting a. a. O. Not 35. pag 296.

52) Varianten finden sich bey diesem Fragment der Pandecten weder in dem Cod. Erlang. noch sonst in einer Ausgabe, die ich verglichen habe.

53) Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 13. §. ult. und Lib. III. cap. 6. Man vergleiche auch *Franc.* Balduini Annotation. in Tit. Pand. de aedilit. Ed. ad L. 58. §. 2. h. t in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. I. p. 915.

54) Loc. cit. not. 34. pag. 296.

gehört, was Marcian [55]) sagt: (*libro secundo de iudiciis publicis*) Divus Pius rescripsit, posse de servis haberi quaestionem in pecuniaria causa, *si aliter veritas inveniri non possit:* quod et aliis Rescriptis cavetur. Sed hoc ita est, ut non facile in re pecuniaria quaestio habeatur: sed si aliter veritas inveniri non possit, nisi per tormenta, licet habere quaestionem, ut et Divus Severus rescripsit. Wir lernen hieraus, daß Kr. Antoninus Pius zuerst die Tortur der Sklaven, die vor seinen Zeiten blos in Criminal-Fällen gebräuchlich war, als ein Beweismittel auch in Civilsachen zuließ, wenn es an andern hinlänglichen Beweisgründen fehlte [56]). Der Kaiser Severus bestätigte das Rescript des Antoninus, verordnete aber ausdrücklich, daß Sklaven in einer bloßen Civilsache nie gegen ihren Herrn, auch nicht bey gänzlichem Mangel alles weitern Beweises, torquirt werden sollten [57]). In pecuniariis vero causis *nec inopia probationum* [58]) servos contra dominum interrogari posse, manifestum est. Nur wegen ihrer eignen Handlungen

55) *L.* 9 *pr. D. de quaestionibus.* Man verbinde damit die *L.* 15. *Cod. eodem.*

56) Man vergleiche hier vorzüglich *Car. Frid. Christ.* Wenck Divus Pius, sive ad Leges Imp Titi Aelii Antonini Pii A Commentarius. Libell. II. *Lipsiae* 1805. Cap 3. pag. 7 — 14.

57) *L.* 1. *in fin. Cod de quaestionib.* (IX 41) *S. Elb.* Leoninus Emendat. et Observation. Lib. VI cap. 19. und *Jo Guil.* Marckart Probabil. receptar. Lectionum Iur. civ. P. II. pag. 49 — 54.

58) Haloander lieset zwar *ex inopia probationum*, und diese Leseart billiget auch *Jac.* Cujacius Observation.

konnten Sklaven sowohl in Criminal- als Civilsachen der Folter unterworfen werden, wie die Kaiser Diocletian und Maximian mehrmals reſcribirt haben[59]), wenn dann auch gleich daraus dem Herrn ein Vortheil oder Nachtheil erwuchs. Paulus[60]) hält dieſes auch für billig. Servum de facto suo *in se* interrogari posse, ſagt er, ratio aequitatis ostendit: nec enim obesse ei debet, qui per servum aliquid sine cautione commodat aut deponit. Mit Recht konnte daher auch in unſerm Text der gekaufte Sklave über ſeine prior fuga torquirt werden. Und ſo erklären ſich nun die letzten Worte unſers Fragments: *in se enim interrogari, non pro domino, aut in dominum videtur*, d. h. der Sklave wird hier weder für noch gegen den Herrn torquirt, ſondern blos über ſeine eigene Handlung befragt.

Lib. II. cap. 33. Allein ſchon Robertus Receptar. Lection. Lib. II. cap. 28. vertheidigte die Richtigkeit der gemeinen Leſeart. Cujaz ſuchte zwar Observat. Lib. XX. cap. 28. den Einwendungen Roberts zu begegnen, aber er vermochte ſie nicht zu widerlegen. Der ganze Zuſammenhang widerſpricht der Haloandriſchen Leſeart. Ihr widerſpricht Paulus *Sententiar. Receptar.* Lib. V. Tit. 16. §. 5. und die griechiſche Verſion der Baſiliken T. VII. pag. 805. S. Wenck Divus Pius Cap. III. pag. 9—13.

59) *L.* 8. *Cod. de testib. L.* 12. *L.* 16. *Cod. de quaestionib.* S. *Jo. Conr.* Sickel Diocletianus et Maximianus sive de vita et constitutionibus C. Aurelii Valer. Diocletiani et M. Aur. Val. Maximiani. Exerc. II. *Lipsiae* 1793. P. I. Cap. 1. §. 2. pag. 31. sqq.

60) *Sententiar. Receptar.* Lib V. Tit. 16. §. 1. Cujacius ad h. L. in Schulting Iurisprud. Antejust. not. 2. pag. 490.

Es ist ganz unrichtig, wenn Edmund Merille [61]) dafür hält, ein Sklave habe in Civilsachen auch ohne alle Anzeigen über sein eigenes Factum auf die Folter gebracht werden können, und seiner Aussage habe man geglaubt. Denn die Römischen Kaiser wollten schlechterdings nicht, daß man von der Tortur anfangen solle; einem solchen Geständniß des Sklaven sollte kein Glaube beygemessen werden. Nur dann erst sollte man die Folter zu Hülfe nehmen, rescribirte Kaiser Hadrian, wenn die Sache durch andere Gründe schon einen solchen Grad der Wahrscheinlichkeit erhalten hätte, daß es nur noch an dem Geständniß des Sklaven fehlte [62]). Der Kaiser Antoninus Pius schärfte ja so nachdrücklich ein, *ut non facile in re pecuniaria quaestio habeatur;* und man hätte zur Grausamkeit dieses Beweismittels schreiten dürfen, ohne alle Anzeigen? So gewöhnlich nun auch die Folter bey den Sklaven war, um ihrer Aussage Glauben zu verschaffen, so nahm man doch auch immer darauf Rücksicht, ob die Beschaffenheit der Person die Tortur erlaubte [63]). Es konnte daher Fälle geben, wo man der Aussage des Sklaven auch ohne Folter glaubte, wenn sie nämlich in vorkommenden Fällen nicht anwendbar, und übrigens die Aussage des Sklaven durch andere Anzeigen und Beweisgründe hinlänglich unterstützt war [64]). Eben

61) Observation. Lib. III cap 30.

62) *L.* 1. *pr. et* §. 1. *D. de quaestionib. L.* 20. *D. eodem.*

63) *L.* 8. §. 1. *Cod. eodem.* Et si his veluti *certis indiciis* ducti, investigandae veritatis gratia, ad tormenta putaverint esse veniendum: tunc id demum facere debebunt, *si personarum conditio patiatur.*

64) S. Schulting Iurisprud. Antejust. pag. 296. not. 35.

dieſes beſtätigt auch Paulus [65]), wenn er *libro V. Responsorum* folgenden Fall vorträgt: Servum dupla emi, qui rebus ablatis fugit: mox inventus praesentibus honestis viris interrogatus, an et in domo venditoris fugisset, respondit fugisse. Quaero, an standum sit responso servi? Paulus respondit, *si et alia indicia prioris fugae non deficiunt*, tunc etiam servi responso credendum est. **Daß hier von keiner Folter die Rede ſey, bemerkt auch der griechiſche Scholiaſt** [66]. Τοῦτο δέ σε μὴ λάθῃ, ὅτι κἂν μὴ ἐμβάσανον περὶ τούτου ζήτησιν ὑποστῇ ὁ οἰκέτης, παρόντων δὲ τιμίων ἀνδρῶν ἐρωτηθεὶς παρὰ τοῦ ἀγοραστοῦ εἰ ἔφυγέ ποτε παρὰ τῷ πράτῃ, καὶ ὁμολογήσει πεφυγέναι, τότε χρὴ τὸν δικαστὴν πιστεύειν τοῦ οἰκέτου φωνῇ ὅτε καὶ ἄλλα σημεῖα ὑπεστι τῆς τούτου προτέρας φυγῆς· τοῦτο γὰρ εἶπεν ἐν τῷ βιβ. κά. τιτλ. ἀ. διγ. νη Παύλου ῥητῷ τῶν ρεσπόνσων. i. e. *Nec te lateat, licet quaestio de servo habita non sit, si tamen praesentibus honestis viris interrogatus fuerit ab emtore, an et apud venditorem fugerit, et confessus fuerit fugisse, iudicem servi responso credere debere, si et alia indicia prioris fugae subsint: hoc enim ait lib. XXI. Tit. 1. Dig. 58. quod desumtum ex Pauli Responsis.*

L. 8. Idem *Libro octavodecimo* [67]) *ad Plautium.* Si filius in potestate patris esse neget [68]), Prae-

65) *L.* 58. §. 2. *D. de aedilit. Edicto.*

66) Scholia Basilixῶν. Tom. III. p. 28.

67) Haloander lib. XIIII.

68) Cod. Erl. *neget esse.* Es iſt aber zwiſchen neget und esse das Wort se von einer andern Hand und mit

tor cognoscit [69]), ut prior doceat filius: quia et [70]) pro pietate, quam patri debet praestare [71]), hoc statuendum est: et quia se liberum esse quodammodo contendit: ideo enim et qui ad libertatem proclamat [72]), prior docere iubetur [73]).

Es iſt hier von dem Beweiſe bey den Präjudicialklagen die Rede, wodurch über den Status eines Menſchen geſtritten wird. Freyheit, Ingenuität und väterliche Gewalt [74]) waren die vorzüglichſten Gegenſtände dieſer Klagen. Der Wichtigkeit wegen war die Entſcheidung ſolcher Prozeſſe in Rom an die Centumviros, in den Provinzen aber an die Recuperatores verwieſen [75]).

ſchwärzerer Tinte darüber geſchrieben. Haloander lieſet *se esse neget*. Eben ſo Baudoza. Ruſſard bemerkt dieſe Leſeart am Rande. Bynkershoek Observation. iur. Rom Lib. VII. cap. 8. glaubt jedoch das *esse* ſey per *ἀναδίπλωσιν esse se* zu leſen.

69) Cod. Erl. *cognoscet.*

70) Haloander und Baudoza *et quia.*

71) *Praestare* fehlt bey Haloander. Ruſſard hat es mit ſeinem gewöhnlichen Zeichen eingeſchloſſen.

72) Haloander und Baudoza *proclamat ad libertatem.*

73) Haloander *edocere.*

74) §. 13. *I. de actionib.* S. *Arn.* Vinnius in Comm. ad h. §. und *Ant.* Faber in Iurisprud. Papinianeae scientia. Tit. VIII. Princip. VI. Illat. 10. pag. 317. (*Lugd.* 1607)

75) Cicero *de Oratore.* Lib. I. cap. 38. Suetonius in *Vespasiano* cap. 3. Cicero *Divinat. in Caecil.* cap. 17. *L.* 32. §. 7. *D. de receptis. L.* 30. *D. de liberali causa.* S. *Ger.* Noodt de Iurisdict. Lib. I.

Um den Prozeß gehörig einzuleiten, mußte erſt feſtgeſetzt werden, wer die Rolle des Klägers, und wer die des Beklagten zu übernehmen habe; und hier kam es darauf an, wer den bisherigen Beſitzſtand zu verändern, und demſelben zuwider einen Zuſtand geltend zu machen ſuchte, welchem der andere Theil widerſprach. Dieſer ward als der Kläger angeſehen, und mußte alſo auch den Beweis ſeiner Intention in der Hauptſache übernehmen. Wer ſich hingegen zur Zeit des erhobenen Rechtsſtreits in dem Beſitz des Zuſtandes ohne Gefährde befand, um welchen geſtritten wurde, ward als Beklagter behandelt, und genoß den Vortheil des Beſitzers[76]). Dieß war nun

I. der Fall, wenn über die Freyheit eines Menſchen ein Rechtsſtreit entſtand. Hier kam es darauf an, ob derjenige, über deſſen Status geſtritten wurde, ſich, wie Ulpian[77]) ſagt, ex possessione servitutis auf die Freyheit berief, und deswegen obrigkeitliche Hülfe ſuchte; oder ob er ex possessione libertatis von einem Andern als ſein Sklave in Anſpruch genommen wurde. Im erſten Falle iſt derjenige Kläger, welcher gegen den Beſitz-

Cap. 9. et 12. beſonders aber *Car. Frid.* Zepernick Disquisit. de causis centumviralibus. §. XI. insert. Syll. opusculor. Siccamae lib. de iudicio centumvirali adject. (*Halae* 1776.) pag. 260—266.

76) *Jac* Raevardus de Praeiudiciis. Lib. II. cap. 3. (in *Operib.* T. II. pag. 753. *Lugd.* 1623. 8.) *Em.* Merillius in Commentar. ad §. 13. I. de actionib. pag 473. (*Trajecti ad Rhen.* 1739) und *Jan. a* Costa Praelection. ad illustriores quoed. Titulos, Locaque select. iur. civ. ad L. 10. C. de probat. pag. 236.

77) *L.* 33. §. 1. *D. de procurator.* und *Ant.* Faber in Rational. in Pand. ad h. L.

ſtand der Servitut die Freyheit geltend zu machen ſuche, in dem letztern aber derjenige, welcher gegen den Beſitzſtand der Freyheit einen als Sklaven vindicirt, wie aus folgender Stelle Ulpians *libro LIV. ad Edictum* [78]) erhellet: Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet: si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes actoris sustinet, qui servum suum dicit. Igitur cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in servitutem, aut contra, agatur? *Et si forte apparuerit, eum, qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse: is, qui se dominum dicit, actoris partes sustinebit, et necesse habebit servum suum probare. Quod si pronuntiatum fuerit, eo tempore, quo lis praeparabatur, in libertate eum non fuisse, aut dolo malo fuisse: ipse, qui de sua libertate litigat, debet se liberum probare.* Ulpian fährt fort *libro LV. ad Edictum* [79]). Quod autem diximus, *in libertate fuisse*, sic est accipiendum, non ut se liberum doceat is, qui liberale iudicium patitur, *sed in possessione libertatis sine dolo malo fuisse.* Quid sit autem *sine dolo malo fuisse*, videamus? Nam Julianus ait, omnes, qui se liberos putant, sine dolo malo in libertate fuisse: si modo se pro liberis gerant, quamvis servi sint. Varus autem scribit, eum, qui se liberum sciat, dum in fuga sit, non videri sine dolo malo in libertate esse: sed simul atque

78) *L. 7. §. ult. D. de liberali causa.*

79) *L. 10. D. eodem.*

desierit quasi fugitivus se celare, et pro libero agere, tunc incipere sine dolo malo in libertate esse: etenim ait, eum, qui scit se liberum, deinde pro fugitivo agit, hoc ipso, quod in fuga sit, pro servo agere. Eben dieſer Ulpian ſagt weiter [80]): Potest et servus sine dolo malo in libertate morari: utputa testamento accepit libertatem, quod nullius momenti esse ignorat: vel vindicta ei imposita est ab eo, quem dominum esse putavit, cum non esset: vel educatus est quasi liber, cum servus esset. — *Et generaliter dicendum est, quotiens quis iustis rationibus ductus, vel non iustis, sine calliditate tamen, putavit se liberum, et in libertate moratus est, dicendum est, hunc in ea causa esse, ut sine dolo malo in libertate fuerit: atque ideo possessoris commodo fruatur.* Man unterſchied alſo bey der causa liberalis den vorläufigen Beweis des Beſitzes, welcher zur ordinatio iudicii, und praeparatio causae gehörte, und darüber entſchied, wer bey einem ſolchen Prozeſſe die Rolle des Klägers, und wer die des Beklagten übernehmen mußte; und den Beweis in der Hauptſache, welcher demjenigen oblag, der nun in dieſem Prozeſſe als Kläger behandelt wurde. Jener vorläufige Beweis mußte aber auf den Beſitz zur Zeit des entſtandenen Prozeſſes gerichtet werden; wie ebenfalls Ulpian [81]) ſagt: Probatio autem ad id tempus referetur, cum sine dolo malo in libertate fuerit, *quo primum in ius aditum est.* Auf die ordinatio und praeparatio liberalis causae beziehe ſich auch die Verordnung der

80) *L.* 12. §. 2. *et* 3. *D. eodem.*

81) *L.* 12. §. 4. *D. eodem.*

Kaiser Diocletian und Maximian, welche *L.* 15. *C. h. t.* an den Antonius auf folgende Art reſcribiren: Vis eius, qui se dominum contendit, ad imponendum onus probationis servo minime prodest. Cum igitur aufugisse te de domo Severi profitearis, verum nec ab illo iusto initio, sed per violentiam adseveras te esse detentum, inquisito prius, *an in possessione libertatis sine dolo malo constitutus sis:* tunc etiam, *onus probationis quis debeat subire?* per huiusmodi eventum declarabitur. Antonius geſtand, daß er aus dem Hauſe des Severus, welcher ſein Herr zu ſeyn behauptete, entflohen ſey. Er gab aber vor, Severus habe ihn mit Gewalt weggekapert. Er habe alſo den Beſitz von ihm unrechtmäßiger Weiſe erhalten. Die Kaiſer reſcribiren dem Anton, dieſe vorgegebene Gewalt könne ihm nicht zu Statten kommen, da er eingeſtandenermaßen entflohen ſey. Es komme vor allen Dingen darauf an, ob er nachweiſen könne, daß er ſich ohne Gefährde in dem Beſitz der Freiheit befinde. Darnach werde ſich dann entſcheiden laſſen, wem in der Hauptſache die Laſt des Beweiſes obliege. Eben ſo war es

II. wenn über Ingenuität und Libertinität geſtritten wurde. Von dieſem Falle handelt die erſt weiter unten folgende *L.* 14. *D. h. t.* Eben ſo war es endlich auch

III. in dem Falle, wenn über die väterliche Gewalt ein Rechtsſtreit entſtand, und der Sohn läugnete, daß er noch in der Gewalt ſeines Vaters ſey. Die Analogie von der causa liberalis trat hier um ſo mehr ein, weil der Sohn durch die Emancipation, ſo wie der

Sklave durch die Manumission, ein freyer Mensch wurde; daher man von undankbaren Kindern sagte, sie hätten sich der ihnen durch die Emancipation zu Theil gewordenen Freyheit unwürdig gemacht [82]). Es konnte nämlich über das Recht und die Wahrheit der Emancipation Zweifel entstehen; oder es konnten solche Umstände in einem vorkommenden Falle vorhanden seyn, die es ungewiß machten, ob der Sohn noch in der väterlichen Gewalt sey [83]). Auch hier war zur ordinatio iudicii, wie bey der liberalis causa, eine cognitio praetoria erforderlich, um auszumitteln, wer im Besitz sey [84])? Befand sich der Vater bisher in dem Besitz der väterlichen Gewalt, und der Sohn behauptet, diesem Besitzstande zuwider, er sey sui iuris, so erwartet man auch billig den Beweis von ihm. Nicht die Ehrerbietung allein, welche hier von Paulus als der erste Grund angeführt wird, ist es, welche ihn dieser Last unterwirft, sondern er intendirt auch, den bisherigen Zustand aufzuheben. Ganz anders wäre es, wenn der Vater sich nicht im Besitz der väterlichen Gewalt, sondern der Sohn, oder die Tochter sich ohne Gefährde im Besitz des Zustandes eines homo sui iuris befindet. Hier legen die Gesetze dem Vater die Beweislast auf, daß der Sohn oder die Tochter noch in seiner väterlichen Gewalt sey [85]).

82) *L. un. Cod. de ingratis liberis.* (VIII. 50.) *Ant.* Faber Iurisprud. Papinian. scientia. pag. 310.

83) *L. 1. Cod. de patria potest.* (VIII. 47.) Faber Iurispr. Papinian pag 317. Illat. 10.

84) Pothier Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXX. pag. 638.

85) *L. 34. D. Soluto matrimonio.* Africanus *libro VIII. Quaestionum.* Titia divortium a Sejo fecit: hanc

Ich füge zum Beſchluß aus den Scholien der Baſiliken [86]) noch die Interpretation des Cyrillus bey. Ὁ ὑπεξούσιος εἰπὼν ἑαυτὸν ἀντεξούσιον βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσιν. ὁ ἀπὸ νομῆς γὰρ ὑπεξουσιότητος ἀναβαίνας εἰς αὐτεξουσιότητα, ἄκτωρ εἶναι δοκεῖ. Καὶ γὰρ ὁ δοῦλος εἰς ἐλευθερίαν ἀναβαίνας, ὡς τὴν παροῦσαν καταστασιν ἀναστρέψαι πειρώμενος, ἄκτωρ ἐστί, καὶ βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσιν. ὁ τοίνυν ὑπεξούσιος ἀντεξούσιον ἑαυτὸν εἶναι διαβεβαιούμενος, βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσι. i. e. *Qui in patris potestate est, si se sui iuris esse dicat, onus probandi suscipit. Nam qui ex possessione alienae potestatis in potestatem sui proclamat, actor esse videtur: nam et servus ad libertatem proclamans, quia praesentem statum subvertere conatur, actor est, eique onus probandi incumbit. Itaque filiusfamilias, qui se adfirmat emancipatum esse, hoc probare debet.*

L. 9. Celsus [87]) *libro primo Digestorum.*

Si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat, quaeritur an id actum sit, ut ipsius

Titius in sua potestate esse dicit, et dotem sibi reddi postulat: ipsa se matremfamilias dicit, et de dote agere vult. Quaesitum est, quae partes iudicis sint? Respondit: *patri, nisi probet filiam non solum in sua potestate esse, sed etiam consentire sibi, denegendam actionem.*

86) *Basilica* Tom. III, pag. 28. et 29.

87) Dieſer *Celsus* iſt derjenige, welchen Pomponius *L. 2. §. ult. D de Or. iuris* Celsus filius nennt, nämlich Publius Juventius Celsus. Ein Sohn desjenigen, welcher in den Geſetzen Celsus pater genennt wird. *L. 39. D. Mandati.* Er war unter Hadrian

dumtaxat persona [88]) eo statueretur [89]). Sed quamvis verum est [90]), quod qui excipit, probare debeat quod excipitur: attamen de ipso dumtaxat, ac non de herede eius quoque convenisse, petitor, non qui excipit, probare debet: quia plerumque tam heredibus nostris, quam nobismet ipsis cavemus.

Ganz richtig bemerkt Russard, daß man mit diesem Fragment die *L.* 33. *D. de pactis* [91]) verbinden solle, welche auch aus des Celsus erstem Buche seiner Digesten genommen ist. Celsus trägt daselbst den Fall vor,

mit dem *Q. Julius Balbus* im Jahre der Erb. Roms 882. Consul. *L.* 20. §. 6. *D. de heredit. petit.* Sein wichtigstes Werk waren libri 39. Digestorum, woraus viel Fragmente in die Pandecten des K. Justinian gekommen sind. S. *Abrah.* Wieling Iurisprud. restituta. T. I. pag. 24—32. und besonders *Jo Gottl.* Heineccii Ex. de P. Iuventio Celso (in *Opusc. varior. Syll.* Ex XII. pag. 503—518.)

88) Haloander und Baudoza lesen *debitoris* persona.

89) Cod. Erl. hat *coartaretur*. Haloander *artaretur*. Baudoza *coarctaretur*.

90) Baudoza verum *sit*.

91) Avus neptis nomine, quam ex filio habebat, dotem promisit, et pactus est, *ne a se, neve a filio suo dos peteretur:* si a coherede filii dos petatur, ipse quidem exceptione conventionis tuendus non erit, filius vero exceptione conventionis recte utetur: quippe heredi consuli concessum est: nec quicquam obstat, uni tantum ex heredibus providere, si heres factus sit: caeteris autem non consuli. Dieselbe Stelle wird nochmals *L.* 10. *D. de pactis dot.* aus Pomponius angeführt.

Ein Großvater versprach im Namen seiner Enkelin, die er von seinem Sohne hatte, ein Heyrathsgut. Nachher schloß er den Vertrag, daß dieser Brautschatz weder von ihm noch von seinem Sohne gefordert werden solle. Jetzt verlangte man denselben von dem Miterben des Sohns. Konnte sich auch dieser mit der exceptio pacti schützen? Nein, sagt Celsus; wohl aber kann es der Sohn thun. Für den Sohn konnte aber der Vater pacisciren. theils weil er noch in der väterlichen Gewalt, und also der Vater selbst dabey interessirt war, theils als künftigen Erben. Dem andern Miterben hingegen konnte die exceptio pacti um so weniger zu statten kommen, weil der Vertrag ein pactum in personam war, und er überdem von dem Vertrage ausdrücklich ausgenommen war, wie aus *L.* 10. *D. de pactis dotal.* erhellet; wo noch die Worte stehen: *ab* ALIO *vero, quam filio herede, ut dos peteretur.* Die daher entstehende Ungleichheit unter den Erben war auch an sich den Gesetzen nicht zuwider. Denn kann man überhaupt zum Vortheil seiner Erben Verträge schließen, was könnte mich hindern, auch nur zum Besten Eines meiner Erben zu pacisciren, ohne zugleich die übrigen zu begünstigen. Da indessen die Obligationen des Erblassers nur pro hereditariis portionibus auf die Erben übergehen, so haftet der Miterbe nur für seinen Antheil.[92]). Verbindet man nun dieses Fragment mit unserer *L.* 9. so handelte Celsus wahrscheinlich von der Wirkung des pacti, *ne petam*, oder quo profiteor, *te non teneri.* Denn nur bey den pactis liberatoriis pflegten die Römischen Rechtsgelehrten die Frage

92) S. Cujacius Comm. in Tit Pand de pactis ad L. 33. cit. und *Ger.* Noodt de pactis et transact. cap. 23.

abzuhandeln, in wiefern ſie ſich auf die Erben mit erſtrecken? Daher pflegten ſie auch nur dieſe, ihrer Wirkung nach, in pacta *in rem* und *in personam* einzutheilen [93]). Ja nach der Meinung der meiſten Ausleger [94]) ging das ganze Edict des Prätors, ſo allgemein auch die Worte deſſelben bey Ulpian [95]) lauten, nur hauptſächlich auf ſolche Verträge. Von einem pactum de non petendo erklärt auch der griechiſche Scholiaſt in den Baſiliken [96]) unſern Celſus, wenn er ſagt: Ὁ πάκτον γενικὸν τῷ οἰκειῳ ποιήσας δεβίτωρι εἰπὼν ὅτι ἐκ ἀπαιτῶ τὸ χρέος, δοκεῖ κατὰ πρόληψιν καὶ τὸν κληρονόμον τοῦ δεβίτορος συμπεριλαμβάνειν τῷ πάκτῳ. i. e. *Qui generaliter pactus est cum debitore suo ne peteret, heredem quoque debitoris ex praesumtione pacto complecti videtur.* Eben ſo die Gloſſe des juſtinianeiſchen Rechts. Man kann ſich daher mit Deſiderius Heraldus [97]) den Fall auf folgende Art denken. Sempronius

93) *L.* 7. §. 8. *D. de pactis.* *L.* 17. §. 3. *L.* 25. §. 1. *L.* 40. *D. eodem.* S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 314.

94) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. Lib. II. Tit. 14 Oper. Tom. II. pag 69 et ad Edictum Praetoris de pactis et transact. Cap 6 *Oper.* Tom. I. pag 498. *Ant.* Schulting Enarratio partis I. Dig lib II. Tit. 14. §. 15. *Jo. Ad. Th.* Kind Quaestion. for. Tom. III. Cap. 41.

95) *Lib.* 7. §. 7. *D. de pactis.*

96) *Basilica* Tom. III pag 29 Not. 9.

97) De rerum iudicatarum auctoritate. Lib. II. cap. 18. §. 4. (in *Ev* Ottonis *Thes iuris Rom.* Tom II. pag. 1251.) Man ſehe auch *Ger* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. pag. 476. und *Hug.* Donellus ad h. Tit. Cap. 3. pag. 262.

hat mit seinem Schuldner, dem Titius, das pactum gemacht, er wolle die schuldige Summe von ihm nicht fordern. Er klagt nun gegen desselben Erben, den Mävius, auf die Bezahlung. Mävius setzt ihm die Einrede entgegen, die Schuld sey seinem Erblasser durch das vom Kläger mit ihm eingegangene pactum de non petendo erlassen worden, und dieser Vertrag gehe auch auf die Erben. Sempronius replicirt, der mit seinem Erblasser der Schuld wegen geschlossene Vertrag sey ein bloßes pactum in personam gewesen, welches ihm als Erben nicht zu statten komme. Es war nämlich in dem Vertrage mit dem verstorbenen Schuldner des Erben keine Erwähnung geschehen; deswegen war es zweifelhaft, ob nicht die Absicht dabey gewesen sey, daß der Vertrag sich blos auf die Person des Schuldners allein beschränken sollte? Dieß ist unstreitig der Sinn der Worte: *ut ipsius duntaxat persona eo statueretur*, wenn man die florentinische Lesart beybehält. Denn statuere heißt etwas bestimmen, meinen, beschließen, festsetzen; also geht der Sinn dahin, daß nur die Person des Schuldners allein in dem Vertrage gemeint oder bestimmt, oder beschlossen seyn solle. Es fragte sich also, ob der Beklagte seine Einrede, oder der Kläger die Replic zu erweisen habe? Celsus sagt, wenn gleich sonst der Beklagte seine Einrede beweisen muß so kann ihm doch in dem gegenwärtigen Falle der Beweis darum nicht aufgelegt werden, weil er die allgemeine Vermuthung für sich hat, nach welcher angenommen wird, daß man nicht blos für sich, sondern auch für seine Erben paciscire, besonders wenn von einem pacto liberatorio die Rede ist. Man könnte zwar sagen, wenn Sempronius mit seinem

Schuldner Titius den Vertrag machte, daß er die Schuld von ihm nicht fordern wolle, so sey dieser Vertrag ein pactum in personam gewesen, weil nur die Person des Schuldners im Vertrage genennt ist. Es komme also dem Erben nicht zu gute [98]). Allein mit Recht sagt Ulpian [99]), ob das pactum in rem, oder ob es in personam sey, müße man nicht blos aus den Worten, sondern auch aus der Absicht der Paciscenten beurtheilen. Denn oft werde eine Person im Vertrage genannt, nicht um ein Personalpactum zu schließen, sondern um anzudeuten, mit wem das pactum geschlossen sey. Diesem gemäß sagt daher Papinian libro I. Responsorum [100]). Tale pactum: *profiteor te non teneri*, non in personam dirigitur, sed, cum generale sit, locum inter heredes quoque litigantes habebit. Billig muß also der Kläger den Beweis seiner Replic übernehmen [1]).

---

98) *L.* 25. §. 1. *D. de pactis.*

99) *L.* 7. §. 8. *D. eodem.*

100) *L.* 40. *pr. D. de pactis.* *S. Jac.* Cujacii Commentar. in Libr. I. Responsor. Papiniani ad h. L. *Operum* a Fabroto editor. Tom. I. pag. 7. sq. et Observation. Lib. XVIII. cap. 2. *Ger.* Noodt de pactis et transact. cap. 4. *Oper.* Tom. I. pag. 494.

1) Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. III. pag. 29. not. r. bemerkt bey dem Worte *probet*: τουτέστι δι ἀντι παραγραφῆς, hoc est, per replicationem.

L. 10. Marcellus *libro tertio Digestorum.*

Census et [2]) monumenta publica potiora testibus esse Senatus censuit.

Census können hier 1) die tabulae censuales, oder Musterrollen heißen, welche ursprünglich bey dem census lustralis errichtet wurden, und worin die Namen, Alter und Vermögen der römischen Bürger, so wie dies alles Jeder bey den Censoren gewissenhaft angeben mußte, verzeichnet waren, wornach sich dann theils die Pflicht zum Kriegsdienst, theils die Größe der Abgaben an den Staat richtete. Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen [3]) erklärt wenigstens auf diese Art, das Wort *census*, wenn er sagt: Κένσος ἦν σανὶς ἤτοι χάρτης, ἔνθα Ρωμαῖοι ἀπεγράφοντό τας οἰκείας περιουσίας, ἐπὶ τὸ ἐν καιρῷ πολέμου κατὰ τὸ μέτρον τῆς ἰδίας ὑποστάσεως ἕκαστον εἰσφέρειν. i. e. Census *erat tabula sive charta, in qua Romani facultates suas profitebantur, ut belli tempore pro modo patrimonii sui unusquisque conferret.* Råvarb 4) und van Loon [5]) haben zwar gegen diese Erklärung verschiedenes eingewendet; allein schon Wilh. Fornerius [6]), Pet. Perreno-

2) Varianten finden sich bey dieser Stelle nirgends. Nur die Glosse macht die Bemerkung, daß auch wohl in Handschriften das *et* fehle, aber doch auch dann der Sinn deutlich sey, nämlich monumenta publica, in quibus continebantur census.

3) Lib. I. Tit. 5. § ult. pag. 60. edit. Reitz.

4) de Auctoritate Prudentum. Cap. 7. *Operum* T. II. pag. 883.

5) de Manumissionib. servor. Lib. I. cap. 2. §. 2.

6) Selection. Lib. I. cap. 24. (Tom. II. *Thes. iur. Rom.* pag. 35.)

nius[7]), Wilh. Otto Reitz[8]) und Ruttg. Ant. van Beem[9]) haben den Begriff des griechiſchen Paraphraſten gegen alle Einwürfe hinlänglich gerechtfertiget. Auch Dionys von Halicarnaß[10]) hat den Census eben ſo beſchrieben. Wäre es richtig, daß der census nach Veſpaſian auſſer Gebrauch gekommen, und ſchon zu Ulpians Zeiten Antiquität geweſen ſey; ſo könnte man freylich zweifeln, ob Marcellus zu ſeinen Zeiten noch von jenen römiſchen Muſterrollen geſprochen habe. Allein nach Veſpaſian, welcher mit ſeinem Sohne Titus ſelbſt noch das Cenſuramt bekleidet hatte, und das Luſtrum auf die alte feyerliche Art begieng, wie ſein Biograph Suetonius[11]), und ſelbſt Cenſorinus[12]), aus dem man ſonſt gewöhnlich den Untergang des census zu beweiſen ſucht, erzählt, hörte nur der census *lustralis* allmählig auf; nur die *lustra*, welche, wie Cenſorinus ſagt, quinto quoque anno censu civium habito, mit gewiſſen feierlichen Opfern, die man aus Li-

7) Animadversion. Lib. II. cap. 28. (Tom. I. *Thes. Otton*, pag. 659.)

8) ad Paraphras. graec. T. I. pag. 60. not. g.

9) Diss. de Manumissionibus in SS. Ecclesiis. Cap. I. §. 3. (in *Ger* Oelrichs *Thes. novo Dissertation. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. pag. 8. sq.)

10) *Antiquitat. Rom.* Lib. IV. nr. 164. pag. 221. edit. *Sylburg.*

11) *Vita Vespasiani.* cap. 8. *Vita Titi* c. 6.

12) *de Die Natali* cap. 18 et ad Eundem Lindenbrog. Man ſ. auch Pitiscus Lex. Antiquitatum. voc. *Lustrum.*

vius [13]) und Dionyß [14]) kennt, begangen wurden, verſchwanden nach und nach, und hörten mit Decius oder Valerianus [15]) ganz auf. Daraus folgt aber nicht, daß der census ſelbſt aufgehört habe [16]). Ulpian [17]) führt es ja noch als ein Beyſpiel der capitis deminutio maxima an, *cum incensus aliquis venierit.* Es muß alſo zu ſeiner Zeit der census noch im Gebrauche geweſen ſeyn, wenn gleich, wie er an einem andern Orte [18]) ſagt, die manumissio per censum, ſo wie ſie ehemals lustrali censu auf eine feyerliche Art zu geſchehen pflegte, zu ſeinen Zeiten Antiquität war. Ueberdem ſchrieb Ulpian ſelbſt noch unter Antoninus Caracalla ſechs Bücher de censibus [19]), und bemerkt, daß beym Census eben ſo wohl das Alter, als eine genaue Beſchreibung der Grundſtüke und Sklaven

13) L. I. cap. 44.

14) Antiquit. Rom. Lib. IV. p. 225.

15) Trebellius Pollio in *Valeriano.* cap. 1. et 2.

16) S. Schulting ad *Caji* Institut. Lib. I. Tit. 1. §. 1. not. 17. in *Jurispr. Antejust.* pag. 10. *Idem* ad *Ulpianum* Tit. I. §. 8. not. 28. in *Iur. Antej.* p. 564. et ad fragmentum regularum ex *Dositheo* §. 17. not. 67. ibid. pag. 808. *Rutg Ant. van* Beem Diss. cit. de manumissionib. in SS. Eccless. Cap. I. §. 14—18. und *And. Guil.* Cramer Vespasianus. pag. 64. sqq.

17) *Fragm. Tit. XI.* §. 11.

18) *Fragm. Tit I.* §. 8.

19) *L.* 1. *pr. D. de Censibus.* S. *Tob.* Gutberleth Diss. ad L. 1. §. 6. 7. 8. et 9. de Censibus. Cap. I. et IX. in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. III. pag. 295. und *Abr.* Wieling Iurisprud. restituta. pag. 262.

beygebracht werden müſſe [20]), welches man, wie Arcadius Charisius [21]) bemerkt, *censualis professio* nannte. Hieß nun auch Census vorzüglich der Tribut, oder die Vermögenssteuer, ſo muß es doch auch unläugbar noch zu Ulpians Zeiten tabulae censuales gegeben haben, und auch dieſe nannte man, ſo wie in den Provinzen die professiones, *census*, wie Ulpian [22]) ſelbſt lehrt. Ehemals mußte freylich alles, was beym census verhandelt wurde, erſt durch das lustrum beſtätiget werden, allein unter den Kaiſern band man ſich nicht mehr an das lustrum [23]). Ganz recht ſagt daher Donellus [24]): MARCELLUS *census* vocat tabulas et scripturas publicas de civium censu et bonorum aestimatione. *Census* nannte man aber auch 2) die öffentlichen Regiſter über das Gebiet einer Stadt, und die darin liegenden ſteuerbaren Ländereien ihrer Bürger, welche von den Cenſitoren errichtet, und von den Peräquatoren und Inſpectoren revidirt wurden. Sie

20) *L.* 3. *et* 4. *D. de Censibus.*

21) *L.* 18. §. 16. *D. de muneribus. L.* 3. *Cod. Sine censu vel reliquis.*

22) *L.* 2. *D. de Censibus.*

23) Eine merkwürdige Stelle aus dem Fragment des Dositheus §. 19. in Hugo *iure civ. Antejust.* Tom. I. pag 260. kann hier zum Belege dienen. Man vergl. auch *Frid. Ad* Schilling Dias. crit. de fragmento iuris Rom. Dositheano. P. I. *Lipsiae* 1819. 8. pag. 24. sq.

24) Commentar. ad Tit. Pand. de fide instrumentorum. Cap. 2. pag. 280.

hießen auch libri *polyptici* [25]) Cujaz [26]) ſagt: *Censum* dicimus publicas tabulas territorii civitatis, et agrorum cuiusque. An einem andern Orte [27]) bemerkt er jedoch, daß auch die tributa, vectigalia, publicae pensitationes, quod onus est agrorum, non personarum, et quidem onus omnium agrorum, qui sunt *censui censendo*, id est, qui iure civili emi et vendi possunt, *Census* genennt werden. Cujaz [28]) ſagt weiter: *Census* sunt descriptiones iugerum et capitum [29]). *Censitores* sunt, qui census agunt, *Peraequatores* et *Inspectores*, qui emendant, praediis inspectis et adaequatis invicem, ut releventur, quibus gravius est onus adscriptum, graventur, quae sunt censita levius [30]).

25) S. *Jac.* Gothofredi Commentar. in L. 2. Cod. Theod. XI. 28. de indulgentiis debitorum Tom. IV. pag. 204. et 205. *Idem* in Paratitl. ad Tit. 10. libri XIII. de censu. Tom. V. pag. 126. et in Paratitl. ad Tit. 11. de censitoribus, peraequatoribus et inspectoribus pag. 139. sq.

26) Paratitl. in Tit. Pandectar. de Censibus.

27) Paratitl. in libr. IV. ad Tit. 47. Cod. Sine censu vel reliquis.

28) Commentar. ad Libr. XI. Tit. 57. Cod. de censibus, et censitoribus, et peraequatoribus et inspectoribus.

29) *Capita* heißen hier die ſteuerbaren Grundſtücke, ſo wie die Beſteuerung derſelben, oder die darauf gelegte Steuer *capitatio*, oder auch *iugatio* genennt wurde. S. Gothofredi Commentar. ad L. 2. Cod. Theod. de censu. Tom. V. pag 131.

30) S. auch Gothofredi Paratitl. ad Tit. 11. Lib. XIII. Cod. Theod. de censitoribus. Tom. V. pag. 140.

Monumentum heißt überhaupt jedes Denkmal, quod rei memoriam ad posteritatem propagat, wie Briſſon [31]) ſagt. Daher nennen die Kaiſer Arcadius und Honorius die alten libri censuales, *veterum monumenta chartarum* [32]). Sind ſie von obrigkeitlichen Perſonen, und unter deren Auctorität errichtet, ſo werden ſie *monumenta publica* genennt, und ſind entweder Urkunden auf Stein und Metall, *monumenta* im eigentlichen Sinn, oder es ſind Gerichts-Acten, monimenta actorum [33]). Hier ſcheint Marcellus unter *monumenta publica* vorzüglich die Denkmäler von Metall verſtanden zu haben, welche über Grundeigenthum, Ackergränzen, und Ländervertheilungen unter öffentlicher Auctorität von den Agrimenſoren und Cenſitoren pflegten errichtet zu werden [34]). Barnabas Briſſon [35]), und Wilhelm Fornerius [36]) haben dieſen Begriff aus einer

31) De Verb. iuris Significat. voc. *Monumentum.* nr. 3.

32) *L.* 2. *Cod. Theod XI.* 28. *de indulgentiis debitor.*

33) *L.* 31. *Cod. de donation.*

34) Gegenſtand der Agrimenſoren war nur hauptſächlich das vom Staate angewieſene, und limitirte Land, welches vom Gemeinlande oder der Staats-Domaine abgeſondert war. Nur für dieſe war eine gewiſſe Form und Maaß zum beſtändigen Andenken und Beweiß auf Metall verzeichnet. Die agri occupatorii und arcifinii, welche durch natürliche oder willkührliche Feldſcheiden abgegränzt waren, hatten, wie Siculus ſagt, weder Form noch Metall. S. *Jac.* Cujacius Observat. Lib. X. cap. 2. und Niebuhr Römiſche Geſchichte. 2. Th. S. 379. ff.

35) Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 5. et 6.

36) Selection. Lib. III. cap. 2.

Menge von Stellen aus Frontinus, Siculus Flaccus, Hyginus, und Aggenus Urbicus, erwiesen. Man erkennt es auch schon aus einer Stelle in den Pandecten. Venulejus Saturninus [37]) sagt nämlich *libro 3. iudiciorum publicorum:* Qui *tabulam aeream* Legis, *formamve agrorum, aut quid aliud continentem*, refixerit vel quid inde immutaverit, *Lege Iulia peculatus* tenetur. Aus solchen tabulis aeneis wurden nun vorzüglich die Streitigkeiten über Ackermaaß, und Ackergränzen entschieden, wie aus der Constitution des Kaisers Tiberius de lege agrorum et limitum bey Julius Frontinus erhellet, wo gesagt wird, *monumenta illa publicam fidem tenere;* und Siculus Flaccus de conditionibus limitum bemerkt: *illam tantum fidem agrorum videri, quae tabulis aereis manifestatur, continentibus formas agrorum.* Und hieraus erklärt sich denn, wenn Marcellus in unserm Fragment sagt, sie wären in solchen Streitigkeiten ein besserer Beweis als Zeugen, wie auch durch ein Senatusconsult soll verordnet worden seyn, wovon sich jedoch ausserdem keine weitern Nachrichten finden. Von diesem Beweise durch Monumente bey Gränzstreitigkeiten spricht auch Papinian, wenn er *libro II. Responsorum* [38]) sagt: In finalibus quaestionibus *vetera monumenta*, ac *census auctoritas* ante litem inchoatam ordinati sequenda est. Doch fügt er die Ausnahme hinzu: modo

37) *L.* 8. *pr. D. ad Legem Juliam peculatus.*

38) *L.* 11. *D. fin. regund.* S. *Jac.* Cujacii Commentar. in libr. II. Responsor. Papiniani ad h. L. *Operum* a Fabroto editor. Tom. I. pag. 71. S. auch den 10. Th. dieses Commentars §. 720. S. 458.

si non varietate successionum, et arbitrio possessorum, fines, additis vel detractis agris, postea permutatos probetur [39]). So wie nun bey Gränzstreitigkeiten der Beweis durch alte Monumente dem Beweise durch Zeugen vorgezogen wurde, so gab es auch noch andere Fälle, wo der Beweis durch Zeugen nicht hinreichte, sondern durch Urkunden geführt werden mußte. Dahin gehörte der Fall, wenn über die Ingenuität ein Streit entstand. So rescribirte Kaiser Alexander *L.* 2. *Cod. de testib.* Si tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instrumentis et argumentis, quibus potes. *Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.* Ausserdem haben Urkunden und Zeugen-Aussagen in der Regel gleiches Gewicht [40]). Nach einer griechischen, vom Cujaz [41]) wiederhergestellten Constitution [42]), die vom Kr. Antonin herrühren soll, sollen jedoch mündliche Zeugenaussagen nichts gelten gegen eine schriftliche Urkunde, welche von Zeugen unterschrieben ist [43]).

---

39) *L.* 2. *Cod. eodem.* wiederholt dieses mit denselben Worten.

40) *L.* 15. *Cod. de fide instrumentor.*

41) Observation. Lib. XIII. cap. 38.

42) *L.* 1. *Cod. de testib.*

43) S. *Jan. a* Costa Praelect. ad illustriores quosdam titulos locaq. select. iur. civ. ad L. 1. cit. pag. 254. sq. *Ant.* Schulting Thes controversar. Decad. XCIX. Th. 3. erklärt die *L.* 1. *C. de testibus*: Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur, so, daß dieselben Zeugen, welche die Urkunde unterschrieben, und durch ihr Zeugniß bekräftiget haben, nicht gehört werden sollen, wenn sie nachher das Ge-

L. 11. Celsus *libro undecimo Digestorum.*

Non est necesse pupillo probare, fideiussores pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse. Nam probatio exigenda est ab his, quorum officii fuit providere, ut pupillo caveretur [44]).

Celsus handelte im eilften Buche seiner Digesten von der actio tutelae adversus magistratum, wie aus der Verbindung dieses Fragments mit *L. 7. D. de magistratibus conveniendis* erhellet, welche aus eben diesem Buche genommen ist. Diese Klage hatte nach dem Römischen Recht nicht gegen alle und jede Magistrate Statt, welche den Pupillen Vormünder zu bestellen gesetzlich auctorisirt waren, sondern nur gegen magistratus municipales, nämlich gegen die duumviros [45]). Die magistratus maiores, der Praefectus urbi, der Praetor, der Präses der Provinz, der Proconsul, hatten bey der Bestellung der Vormünder das Recht der Inquisition, worunter man die feierliche Untersuchung der Eigenschaften eines Tutors verstand. Diese machte, wenn sie billigend ausfiel, jede andere Si-

gentheil von dem bezeugen wollen, was in der Urkunde enthalten ist. Jedoch nimmt er den Fall aus, wenn diese Zeugen läugnen sollten, daß sie bey Errichtung der Urkunde zugegen gewesen, und dieselbe unterschrieben hätten. Denn der Beweis des Falsums findet gegen jede Urkunde Statt. *L. 23. Cod. ad L. Cornel. de falsis.*

44) Cod. Erl, *caveatur.* Baudoza *idonee* caveretur.

45) §. 2. *et* §. 4 *I. de Satisdat. tutor. vel curator. L. 1. pr. D. de magistratib. conveniend.* Ger. Noodt Commentar. ad Dig. Lib. XXVII. Tit. 8. Opp. Tom. II. pag. 582. und *Jo. Ad. Th.* Kind Quaestion. for. Tom. I. Cap. 14.

cherheitsleiſtung unnöthig. Daher hatte die actio tutelae subsidiaria gegen ſolche Magiſtrate nicht Statt [46]). Die Municipal-Obrigkeiten hatten hingegen ein ſolches Inquiſitionsrecht nicht, ſie mußten ſich daher von den Vormündern, die ſie ernannten, Satisdation, d. i. eine Caution durch tüchtige Bürgen beſtellen laſſen [46]), und wenn ſie etwas dabey verſahen, machten ſie ſich ſelbſt verantwortlich [48]). Gegen ſie war daher die actio subsidiaria adversus magistratum unter dem Kaiſer Trajan durch ein Senatusconſult eingeführt [49]). Wenn nun der Pupill den Tutor, und die Bürgen ausgeklagt, und von keinem derſelben ſeine Entſchädigung erhalten hatte, ſo kam es nun, wenn er den Magiſtrat ſelbſt in Anſpruch nahm, darauf an, wer den Beweis übernehmen müſſe, wenn die Frage war, ob die für den Vormund angenommenen Bürgen ſchon gleich anfangs keine fideiussores idonei geweſen, oder ob ſie es erſt nachher durch Zufall geworden ſind. Da die Municipalobrigkeiten für künftige Ereigniſſe nicht haften durften, ſo konnte nur in dem erſten Falle eine Ver-

46) *L.* 1. §. 1. *D. de magistrat. conven.*

47) *L.* 3 *D. de tutor. et curator. dat. L.* 1. §. 11. *et* 15. *D. de magistrat. conven.*

48) *L.* 3. *Cod. de magistrat. conven.*

49) *L.* 6. *Cod. eodem* Impp. Diocletr. et Maxim. In magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerint solvendo, nec ex cautione fideiussionis solidum exigi possit, pupillis quondam in subsidium indemnitatis nomine actionem utilem ex *Senatusconsulto*, quod auctore *Divo* Trajano, Parente nostro factum est, constitit. S. Bach Traianus pag. 158—160.

antwortlichkeit derſelben Statt finden [50]). Dem Pupillen, wenn er gleich der Kläger iſt, kann nun auf keine Weiſe zugemuthet werden, das Gegentheil von dem zu beweiſen, was zur Ausführung der Einrede des Beklagten gehört. Er braucht nur nachzuweiſen, die Bürgen, die der beklagte Magiſtrat für den Tutor angenommen, ſeyen nicht ſolvent geweſen. Es iſt lächerlich, mit der Gloſſe von der Gegenwart auf die Vergangenheit zu ſchließen, und die Vermuthung anzunehmen, als ob die Bürgen, die jetzt nicht ſolvent befunden werden, auch gleich anfangs nicht tüchtig geweſen wären. Nein, es iſt hier von keiner Präſumtion die Rede, welche für die Pupillen ſtreitet, ſondern dem Magiſtrat, ſagt Celſus, liegt der Beweis ob, weil es zu ſeiner Amtspflicht gehörte, für die Sicherheit des Pupillen beſorgt zu ſeyn. Er iſt alſo auch ſchuldig über das, was er von Amtswegen gethan, Rechenſchaft abzulegen [51]). Mit Celſus ſtimmt auch Ulpian überein, welcher *libro XXXVI ad Edictum* [52]) ſagt: Probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat fideiussores solvendo non fuisse, cum acciperentur, sed Magistratibus, ut doceant eos solvendo fuisse.

---

50) *L.* 1. §. 11. *D. de magistrat. conveniend.*

51) S. Donellus ad Tit. Dig. de probationibus. Cap. 4. pag. 266. et 267.

52) *L.* 1. §. 13. *D. de magistrat. conveniend.*

L. 12. Idem *Libro septimo decimo*[53]) *Digestorum.*

Quingenta[54]) testamento tibi legata sunt: iTem scriBtum est[55]) in codicillis postea scriptis[56]). Refert duplicare legatum voluerit, an repetere: et oblitus[57]) se in testamento legasse, id fecerit: Ab utro[58]) ergo probatio eius rei exigenda est? prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit: sed nimirum[59]) probationes quaedam a reo[60]) exiguntur. Nam si creditum petam[61]), ille respondeat, solutam esse pecuniam: ipse hoc probare cogendus est. Et hic igitur cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse[62]), ipse heres id adprobare[63]) iudici debet.

53) Haloander lib. XII. Dig. Bauboza lib. XVI. Digestorum. Alle übrige *lib. XVII. Dig.*

54) Haloander Quinquaginta. So laſen allerdings mehrere alte Handſchriften, wie ſchon Accurſius in der Gloſſe bemerkt hat.

55) So iſt die Schreibart in der Torelliſchen Ausgabe. Gebauer hat, wie die meiſten, idem scriptum. Allein Ruſſard und Charondas haben die Torelliſche Scriptur beybehalten.

56) Haloander: Idem scriptum est *postea in codicillis.*

57) Haloander et *an* oblitus Eben ſo Bauboza.

58) Cod. Erl. ab *utroque*, und über ab iſt *an* durch Beyfügung eines Einſchaltungszeichens geſchrieben

59) Haloander *interdum*. Auch die *Basilica* Tom. III. pag. 3. haben ὅτε, welches eben ſoviel bedeutet.

60) Haloander *et* a reo.

61) Hal. *petatur.*

62) Cod. Erl. inanem esse dicat. Eben ſo Bauboza.

63) Cod. Erl. *probare*. Eben ſo Bauboza.

Der Teſtator hatte dem Titius 500 in ſeinem Teſtament vermacht. Er machte nachher ein Codicill, in welchem demſelben Legatar die nämliche Summe vermacht war. Nach dem Tode des Teſtirers fordert Titius zweymal 500, die eine Summe aus dem Teſtament, die andere aus dem Codicill. Der Erbe behauptet, dem Kläger gehörten nur 500, denn ihm ſeyen nicht zwey, ſondern nur ein Vermächtniß hinterlaſſen worden, welches der Teſtator blos zu mehrerer Gewißheit nochmals im Codicill wiederholt habe. Wäre hier nicht von einer Summe die Rede, oder wäre dieſelbige Summe in einem und eben demſelben Teſtamente mehrmals vermacht worden, ſo würde der Erbe nicht Unrecht haben, und der Legatar würde ſich der Beweislaſt nicht entziehen können. Darüber haben auch Ulpian [64]), Julian [65]), und Papinian [66]) längſt entſchieden. Allein in dem Falle, den Celſus in unſerm Fragment entſcheidet, war es ſchon zweifelhafter, was die Abſicht des Teſtirers geweſen ſey, ob er das Legat habe verdoppeln oder nur wiederholen wollen? Denn man könnte zwar auch hier ſagen, der Teſtator habe vielleicht vergeſſen, daß er dem Legatar ſchon 500 im Teſtament vermacht habe. Es könnte alſo den Anſchein gewinnen, als ob dem Legatar, als dem Kläger, der Beweis obliege. Allein des Klägers Intention war ſchon dadurch hinlänglich begründet, daß er zwey ſchriftliche Verordnungen des Teſtirers für ſich hatte, in welchen dieſelbe Summe des Legats ausgedrükt

64) *L.* 34. §. 1. *et* 3. *D. de legatis I.*

65) *L.* 86. §. 1. *D. eodem.*

66) *L.* 66. §. 5. *D. de legat.* 2. *Jos.* Averanius Interpretat. iuris. Lib. IV. cap. 20.

war [67]). Behauptete nun dagegen der Beklagte, das Codicill gelte nicht für ein besonderes Legat, es enthalte blos eine Wiederholung und Bestätigung des frühern Vermächtnisses, oder sey aus Vergessenheit des frühern Legats gemacht worden; so ist dieß eine Einrede, wodurch er den Grund der Klage bestreitet, und zu zerstören sucht. Der Erbe muß also den Beweis davon um so mehr übernehmen, da Vermächtnisse überhaupt zu Gunsten des Legatars erklärt werden sollen [68]).

L. 13. Idem *libro trigesimo* [69]) *Digestorum.*

Cum de aetate hominis [70]) quaereretur [71]), Caesar noster in haec verba rescripsit. Et durum et ini-

67) *L.* 27. *pr. D. de legat. III.* Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 87.

68) *Jos.* Averanius Interpretat. iuris Lib. V. cap. 10. nr. 7. Ueber L. 12. de probat. vergleiche man *Franc.* Duarenus in Tit. Pand. et Cod. de probat. Cap. 3. pag. 936. *Hug.* Donellus ad h. Tit. Cap. 3 pag. 254. *Guil.* Fornerius Selection. Lib. II. cap. 9 (in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris Rom* Tom. II. pag. 55.) *Lud.* Charondas Πειθανων. s. Verisimilium Lib. I. cap. 21. nr. 5. (*Thes. Otton.* Tom. I. p. 734.) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 476.

69) Haloander Lib. XIII.

70) *M. Ant.* Muretus Observat. iuris. Cap. 12. *Th. Otton.* Tom. IV. p. 140. will *de statu hominis* lesen.

71) Cod. Erl. *quaeritur.*

quum est, cum de statu aetatis alicuius quaereretur [72]), et diversae professiones proferuntur [73]), ea [74]) potissimum stare, quae nocet [75]): sed causa cognita veritatem excuti oportet: et ex eo potissimum annos [76]) computari, ex quo praecipuam [77]) fidem in ea re constare credibilius videtur.

Celsus führt hier ein Reſcript ſeines Kaiſers an, welches von dem Beweiſe des Alters eines Menſchen handelt. Wer dieſer Kaiſer ſey, und an wen das angeführte Reſcript ergangen ſey, wird nicht geſagt. Da Juventius Celſus der jüngere, aus deſſen Digeſten auch dieſes Fragment entlehnt iſt, vorzüglich unter Trajan und Hadrian blühete [78]), ſo muß das Reſcript, wie auch Peter Burgius glaubt, vom Trajan oder Hadrian

72) Holoander *quaeritur*. Eben ſo Bauboza. Muretus a. a. O will folgendermaſſen leſen: cum de statu alicuius quaeritur. Er meint, es ſey nicht die Frage vom status aetatis, ſondern vom status im ächtjuriſtiſchen Sinne, nämlich vom status libertatis oder civitatis geweſen. Allein zu dieſer Emendation iſt gar kein hinlänglicher Grund vorhanden. Auch die *Basilica* Tom. III. pag 5. haben περὶ ἡλικίας. de aetate.

73) Cod. Erl. *proferrentur*.

74) Haloander ei. Eben ſo Bauboza.

75) Haloander, wie Bauboza, noceat.

76) Muretus c. l. emendirt *anno*. Auch zu dieſer Emendation iſt gar kein Grund vorhanden.

77) Haloander *praecipue*.

78) S. Chriſt. Lud. Neuber juriſtiſche Claſſiker. 1. Th. Berlin 1806. Nr. VII. Celsus. S. 138. und 139.

ſeyn[79]). Es war hier die Frage, wenn über den status aetatis ein Streit entſteht, wornach man ſich zu richten habe, wenn verſchiedene professiones von den Partheyen beygebracht werden? Es verdient hier Erſtens der Ausdruck *status aetatis* unſere Aufmerkſamkeit. Es iſt bekannt, daß man in neueren Zeiten die alte Vorſtellung vom status naturalis und civilis als fehlerhaft und inconſequent verworfen hat, und nur allein den letztern, als den Inbegriff der allgemeinen Gründe und Bedingungen, unter welchen Jemand als eine Perſon im Römiſchen Staate anzuerkennen war, im Sinne des Röm. Rechts unter dem *status hominis* verſtehen will[80]). Da dieſe Bedingungen denn freylich nur in der libertas, der civitas, und der familia beſtanden, ſo war ein status naturalis in jenem Sinne undenkbar. Daß dieſe Idee die alte und urſprüngliche Vorſtellung der Römer, mithin die ächt juriſtiſche ſey, kann wohl nicht bezweifelt werden. Allein eben ſo wenig kann es auch einigem Zweifel unterworfen ſeyn, daß man mit dem Worte *status* noch eine allgemeinere Bedeutung verknüpft habe, welche auch bey der Ueberſchrift des Titels der Pandecten de statu hominum zum Grunde liegt, wie aus *L.* 7. *L.* 9. *L.* 10. *L.* 14. *L.* 26. *eiusd. Tit.* zu erſehen iſt. In dieſer allgemeinern Bedeutung iſt denn *status* ſoviel als conditio hominis, d. i. die Beſchaffenheit eines menſchlichen Weſens, von welcher Rechtsverhältniſſe abhängen[81]). Je

79) Burgius Elector. libr. Cap. 6. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 319.)

80) S. von Feuerbach civiliſtiſche Verſuche 1. Th. Nr. VI. S. 181. ff.

81) S. Hugo Lehrbuch der Geſchichte des Röm. Rechts. §. 60. Not. 1. S. 60. der 5. Aufl. und Dabelow Hand-

nachdem nun dieſe Beſchaffenheit entweder von der Natur des Menſchen, oder von ſeinem bürgerlichen Leben und Verhältniß zum State abhängig iſt, kann der status hominis allerdings entweder *naturalis* oder *civilis* ſeyn [82]). Der Ausdruck status naturalis iſt zwar freylich dem Röm. Recht fremd, allein doch die Sache ſelbſt nicht, welche mit dieſem Ausdrucke bezeichnet wird. Dieß beweißt nun vorzüglich auch unſer Fragment, in welchem namentlich von statu aetatis alicuius die Rede iſt [83]).

Soviel nun hiernächſt den Beweis des Alters anbetrifft, ſo konnte der Fall, wo über das Alter eines Menſchen geſtritten wird, eben ſo häufig vorkommen, als die Frage entſtehen, wem in dieſem Falle der Beweis obliege, oder weſſen Beweis entſcheidend ſey, wenn die beygebrachten Beweiſe einander widerſtreiten? Der griechiſche Scholiaſt [84]) führt das Beyſpiel an, wenn Jemand ſeines Alters wegen die Reſtitution gegen einen geſchloſſenen Contract ſucht. Allein es konnte ja auch der Fall vorkommen, daß über das Teſtament eines Verſtorbenen geſtritten wurde, welches der Inteſtaterbe aus dem Grunde anfocht, weil der Teſtirer noch nicht das erforderliche Alter bey Errichtung deſſelben gehabt habe. Jac. Gode-

buch des Pandectenrechts 3. Th. (Halle 1818.) §. 210. und §. 211.

82) *Jo. Christ. Frid.* Meister Ius Rom. privat. Vol. I. §. 59—62.

83) Man vergleiche auch *L.* 77. §. 14. *D de legat II. L.* 1. §. 11. *L.* 3. §. 6. *et* 8. *D. de Carbon. Edicto.*

84) *Scholia Basilicorum.* Tom. III. pag. 32. not. x.

froi[85]) meint jedoch, unſer Celſus habe vielmehr in Beziehung auf die Lex Iulia de maritandis ordinibus von dem Beweiſe des Alters gehandelt, und das Capitel deſſelben vor Augen gehabt, vermöge welchen man ſich nicht mit einem noch nicht zehenjährigen Mädchen verloben ſolle, die man nicht längſtens in zwey Jahren heyrathen könne, wenn man die Rechte und Belohnungen der Ehemänner auch ſchon als Bräutigam genießen wolle. Nun verwirft zwar Franz Ramos del Manzano[86]) dieſe Anſicht; allein daß Celſus im 30. Buche ſeiner Digeſten wirklich von der Lex Papia handelte, ſetzt die *L.* 23. *D. de ritu nuptiar.* auſſer allen Zweifel. Auch Heineccius[87]) bezieht daher unſer Fragment auf die Lex Iulia, obgleich auf ein anderes Capitel deſſelben, nämlich auf das dritte, welches von den Ehen ſechzigjähriger Manns- und funfzigjähriger Frauensperſonen handelte, und nachher durch das Perſicianiſche, Claudianiſche und Calviſianiſche Senatusconſult mancherley Beſtimmungen und Abänderungen erhielt[88]). Hätte indeſſen auch dieß alles an ſich ſeine unbezweifelte Richtigkeit, ſo würde man wenigſtens jetzt nicht mehr unſer Fragment auf jene Lex Iulia beſchränken können, da Juſtinian

85) Fontes quatuor iuris civ. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. pag. 275. not. c. (*Genevae* 1653. 4.)

86) Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. IV. nr. 5. (in *Ger.* Meerman *nov. Thes. jur. civ. et can.* Tom. V. pag. 446.)

87) Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 3. pag. 160.

88) S. *Henr. Jo.* Arntzenius Miscellaneor. cap. 7. und Püttmann de nuptiis senum commentat. *Halae* 1782. 8.

dieſelbe gänzlich aufgehoben hat [89]). Es ſind alſo wohl die oben angeführten Fälle die paſſendſten.

Wie iſt nun alſo in ſolchen Fällen, das Alter zu beweiſen? Modeſtin ſagt *Lib. 2. Excusationum* [90]): Ἡ δὲ ἡλικία δείκνυται ἢ ἐκ παιδογραφιῶν, ἢ ἐξ ἑτέρων ἀποδείξεων νομίμων. i. e. Aetas autem probatur aut *ex nativitatis scriptura*, aut aliis demonstrationibus legitimis. Was Modeſtin hier παιδογραφία, oder *nativitatis scriptura* nennt, iſt beym Celſus *professio* oder eigentlich *natalis professio*, wie ſich die Kaiſer Diocletian und Maximian [91]) ausdrüken. Dergleichen professiones natales konnten von zweyerley Art ſeyn, publicae und privatae, je nachdem ſie entweder aus öffentlichen Acten, oder aus bloßen ſchriftlichen Privat-Anmerkungen der Eltern, oder aus andern Nachrichten hervorgenommen wurden. Seitdem nämlich die Lex Iulia et Papia Poppaea mit einer gewiſſen Zahl ehelich erzeugter Kinder Belohnungen und Immunitäten verknüpft hatte, war es Sitte, daß die Eltern die Namen ihrer neugebohrnen Kinder in die öffentlichen Bürger-Rollen (tabulae publicae) einſchreiben ließen. Man behauptet zwar gewöhnlich, dieſe Anſtalt der professio liberorum rühre vom Kr. Marcus Antoninus her. Von dieſem erzählt nämlich ſein Biograph Julius Capitolinus [92]) folgendes. *Inter haec liberales causas ita munivit, ut primus iuberet apud praefectos aerarii Saturni unumquemque civium natos liberos*

89) *L. 27. Cod. de nuptiis.*

90) *L. 2. §. 1. D. de Excusation.*

91) *L. 6. Cod. de fide instrum.*

92) In *Marco Antonino. Philos.* cap. 9.

profiteri intra tricesimum diem, nomine imposito. Per provincias tabulariorum publicorum usum instituit, apud quos idem de originibus fieret, quod Romae apud praefectos aerarii: ut si forte aliquis in provincia natus causam liberalem diceret, testationes inde ferret. Allein daß dieſe professio ſchon vorher unter Domitian, Trajan, und Antoninus Pius im Gebrauche geweſen ſey, hat Heineccius [93]) aus den Zeugniſſen des Juvenals [94]) und Apulejus [95]) hinlänglich erwieſen. Deswegen dürfen wir aber doch auch das Zeugniß des Capitolins nicht verwerfen. Marcus Antoninus verordnete allerdings zuerſt, daß auch, inſonderheit um der causae liberales willen, jeder Bürger ſeine neugebohrne Kinder, und zwar binnen dem dreyßigſten Tage, bey den praefectis aerarii Saturni, ſo wie in den Provinzen bey den Tabulariis anzeigen ſollte, damit der Beweis ihrer freien Geburt, wenn dieſe etwa in der Folge in Streit gezogen werden ſollte, daraus geführt werden könnte [96]). Das aerarium Saturni war

93) Commentar. ad L. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 8. §. 6 pag 213—215.

94) *Satyr.* IX. v. 82.

95) *Apologia* Tom. I. pag. 328. edit. *Altenb.*

96) *Em.* Merillius Observat. Lib III. cap. 33. glaubt, daß man in der angeführten Stelle des Capitolinus ſtatt intra tricesimum diem vielmehr intra tertium diem leſen müſſe, weil ein neugebohrnes Kind, wenn es nur den neunten Tag überlebt hatte, an welchem ihm ſein Name war beygelegt worden, ſchon den Eltern nützte, um die Decima von einander zu erben. Er glaubt auch, daß die professiones natalium durch die

nämlich damals das Hauptarchiv der Römer [97]), welches deswegen Plutarch [98]) τῶν συμβολαίων φυλακτήριον und Apulejus [99]) Tabularium publicum nennt. Auſſerdem daß die geſchehenen Profeſſionen in die Stadt-Acten aufgenommen, und dieſe Geburtslisten in dem Stadt-Archiv aufbewahrt wurden, erhielten auch die Eltern noch einen beſondern Geburtsſchein für das Kind, welches ſie angezeigt hatten. Apulejus ſagt daher: *Pater natam sibi filiam more ceterorum professus est. Tabulae eius partim tabulario publico, partim domo adservantur.* Dieſer tabulae professionum geſchieht auch in einer Verordnung des Kaiſers Alexander, als Beweismittel für das Alter, Erwähnung [100]), und da bey der Profeſſion auch die Zeit der Geburt des Kindes angegeben werden mußte, ſo iſt es auſſer Zweifel, daß das Alter eines Menſchen vorzüglich daraus erwieſen werden konnte. Nun konnte aber ſich der Fall ereignen, daß die professio publica mit der privata nicht übereinſtimmte. Z. B. die professio privata war eine Aufzeichnung der Mutter oder des mütterlichen Großvaters. Hatte nun die professio publica mehrere Glaubwürdigkeit, als die privata? Man ſetze den Fall, daß gerade die publica den Gegenbeweis enthielt. Es konnte auch ſeyn, daß die

Lex Papia ſeyen eingeführt worden. Allein man ſehe Heineccius ad L. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 14. §. 4.

97) S. *Jo. God.* Richter Diss. de tabulariis urbis Romae. *Lipsiae* 1736. Cap. 4.

98) *Quaestion. Roman.* 42.

99) Cit. loc.

100) *L.* 1. *Cod. Si minor, se majorem dix.*

von beyden Partheyen beygebrachten Professionen blos Privatscripturen waren, wie Peter Burgius [1]) den Fall sich denkt. Denn zuweilen konnte die professio auch wohl von beyden Eltern unterlassen worden seyn. Dieß konnte dem Kinde freylich nicht zur Last gelegt werden [2]). Welche von beyden Professionen gab nun aber bey dem Beweise über das Alter den Ausschlag? der Kaiser entscheidet diese Frage dahin, es solle die Wahrheit genau untersucht, und das Alter nach derjenigen Urkunde bestimmt werden, welche unter den vorliegenden Umständen den meisten Glauben verdient. Die professio publica kann also an sich, und als solche, auf keine vorzüglichere Glaubwürdigkeit Anspruch machen. Sie war zwar öffentliche Urkunde, und hatte auch, als solche, öffentlichen Glauben. Aber sie war nur öffentliche Urkunde über die Wahrheit der wirklich so geschehenen Angabe, als sie sich nach ihrem Inhalte aussprach. Ihr Inhalt selbst beruhete jedoch auf der bloßen Privatanzeige des Vaters oder der Mutter, von denen dieselbe apud acta geschehen war, wie auch Westenberg [3]) sehr richtig bemerkt. Dem Inhalte nach verdiente also eine professio privata soviel Glauben, als eine publica [4]). Ja man konnte der apud acta

1) Elector. cap 6. pag. 320.

2) *L.* 16. *Cod. de liberali causa.*

3) Divus Marcus. Diss. VII. §. 14. (*Oper.* a *Iungio* editor. Tom. III. pag 92.)

4) Von der Glaubwürdigkeit elterlicher Anmerkungen in Familiensachen, besonders in Beziehung auf die Kinder, sehe man überhaupt Gönner's Handbuch des gemeinen Prozesses. 2. Bd. Nr. XLVI. §. 4. Nr. 5. und §. 9. S. 372.

geschehenen Profession schon darum nicht geradezu den Vorzug geben, weil man Beyspiele hatte, daß bey uneinigen Eheleuten zuweilen absichtlich zum Nachtheil und zur Kränkung des andern Theils eine falsche Angabe geschehen war, wovon Scävola in der *L.* 29. §. 1. *D. h. t.* ein Beyspiel anführt. Auch die Kaiser Djocletian und Maximian sprechen *L.* 14. *C. h. t.* von einer ementita professio [5]). Mit Recht rescribirte daher der Kaiser bey Celsus, nur die Wahrheit solle in solchen Fällen entscheiden, nicht die äussere Form der Urkunde. Ausserdem war zwar auch der Fall möglich, daß die professio, sie sey eine publica oder privata, mit Zeugenaussagen im Widerspruche stand, deswegen möchte ich aber doch nicht mit Pothier [6]) unter professiones, von welchen das Rescript spricht, blos depositiones testium verstehen, als welche, wie Brisson [7]) lehrt, nicht sowohl professiones, als vielmehr testationes genennt werden. Schon Wilhelm Budäus [8]) tadelte daher wegen dieser Erklärung die Gloße, und bewies aus einer Menge klassischer Stellen, daß *profiteri* eigentlich so viel heiße, als publice et apud acta aliquid ultro denunciare. Uebrigens hat es keinen Zweifel, daß auch in diesem Falle des Wider-

5) Mehrere Beyspiele solcher falscher Anzeigen enthalten *L.* 15. *L.* 22. *L.* 24. *C. de liberali causa.* Man vergleiche auch *L.* 5. *C. de testam.*

6) Pandect Iustinian. T. I h. t. Nr. XVI. not. d.

7) De Verbor. iur. Significat. Voc. *Professio, profiteri,* und *testatio.* Man vergleiche auch *Fr.* Ramos del Manzano ad LL. Iul. et Papiam. Lib. IV. Reliquat. VII. nr. 8. pag. 450.

8) Annotat in Pandectas ad nostr. L. fol. 169 b. (*Lutetiae* 1556. f.)

ſpruchs die Entſcheidung unſers Geſetzes zur Anwendung kommen müßte. Es verſteht ſich endlich auch wohl von ſelbſt, daß den Beweiß des Alters derjenige übernehmen müſſe, der den Grund ſeiner Intention darin ſetzt. Daher reſcribirten die Kaiſer Diocletian und Maximian der Martiana [9]: Cum te minorem quinque et viginti annis esse proponas, adire Praesidem provinciae debes, *et de ea aetate probare;* und Marcellus [10] lehrt *lib. I. de officio Praesidis:* De aetate eius, qui se maiorem annis viginti quinque dicit, causa cognita probandum est: quia per eam probationem in integrum restitutioni eiusdem adolescentis et aliis causis praeiudicatur.

L. 14. Ulpianus *libro secundo de officio Consulis.*

Circa eum, qui se ex libertinitate ingenuum dicat [11], referendum est [12] quis actoris partibus fungatur: et si quidem in possessionem [13] liber-

9) *L.* 9. *Cod. h. t.* et ad h. L. *Jan. a* Costa Praelection. pag. 234. sq.

10) *L.* 43. *D. de minorib.* Adde *L.* 4. *Cod. de in integr. restitut. minor.*

11) Hal. *dicit.*

12) d. h. es iſt zu berückſichtigen, oder zu erwägen. Die Gloſſe erklärt das referendum durch distinguendum est.

13) Cod. Erl. in possessione. Eben ſo Haloander und Baudoza. Allein der Accuſativ ſtatt des Ablativs iſt bey Ulpian gar nicht ungewöhnlich. Eben ſo ſagt er *L.* 1. §. 1. *D. de Carbon. Edicto* in possessionem

tinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere: doceréque se ingenuum esse: sin vero in possessione [14]) ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur, scilicet eius, qui ei [15]) controversiam movet, hoc [16]) probare debet, qui eum dicit libertum suum [17]). Quid enim interest, servum suum quis, an libertum [18]) contendat? Si quis autem fiducia ingenuitatis suae ultro in se suscipiat probationem [19]), ad hoc ut sententiam ferat pro ingenuitate facientem, hoc est, ingenuum se esse [20]) ut pronuntietur: an obtemperare [21]) ei debeat, tractari potest: et non ab re

bonorum esse. *L.* 20. §. 5. *D. Qui testam. facere poss.* in iudicium testis esse vetatur. *L.* 5. *pr. D. de impens. in res dot. fact.* manere in rerum detentationem. *L.* 42. §. 1. *D. de acquir. vel omitt. hered.* in societatem perseverare. *L.* 8. *pr D. de novat.* in moram esse. Noch mehrere Stellen führt Westenberg in Divo Marco Diss. VIII. §. 14. pag. 102. an.

14) Cod. Erl. in possessionem.

15) Ei fehlt in Cod. Erl.

16) Cod. Erl. *et* hoc.

17) Cod. Erl. suum *esse.*

18) Cod. Erl servum quis an libertum suum contendat. Haloander servum *quis* suum.

19) Cod. Erl. probationes. Eben so Haloander und Baudoza.

20) Cod. Erl. ingenuum esse. Haloander: ut se ingenuum esse pronuncietur. Baudoza: ut ingenuus esse pronuncietur.

21) Haloander: *obtemperari.* Dieser Lesart giebt Brenkmann den Vorzug.

esse opinor, morem ei geri probandi se ingenuum [22]), et sententiam secundum se dandam [23]), cum nulla captio intercedat iuris [24]).

Dieſes Fragment liefert einen neuen Beleg zur obigen Erklärung der *L.* 8. *h. t.* und beſtätigt den Satz, daß bey entſtandenen Rechtsſtreitigkeiten über den status eines Menſchen derjenige die Rolle des Klägers, mithin auch die Laſt des Beweiſes zu übernehmen habe, welcher ſich nicht in dem Beſitz des Status befindet, über welchen geſtritten wird. Hier iſt nun zwar der Fall, daß Jemand behauptet, er ſey ein ingenuus, welchen ein Anderer für ſeinen libertus hielt; allein es gilt hier das

22) Hal. morem geri *probanti* se ingenuum. Eben ſo *Frr. Sennetonii.* Dieſe Leſeart billigen auch Brenkmann und *Jo. Guil.* Hoffmann Meletem. s. Observat. var. ad Pand. Diss. XX. §. 2. Sie iſt auch dem Sinn ohne Zweifel mehr angemeſſen, und wird auch durch die Erklärung des griechiſchen Scholiaſten in den Baſiliken Tom. III. pag. 33. unterſtützt: Τί οὖν ὅτι ἐὰν ἐν νομῇ ὢν ἐυγενείας ὁ λεγόμενος ἀ πελέυθερος, καὶ θαῤῥῶν τοῖς, οἰκείοις δικαίοις ἐπαγάγηται δεικνύειν ἑαυτὸν ἐυγενῆ, ἆρα δεχόμεθα ἀποδεικνύοντα ἀυτὸν, κἂν ἀποδείξῃ, ψηφιζόμεθα εἶναι ἀυτὸν ἐυγενῆ; λέγει ὁ Οὐλπιανός καὶ πάνυ μάλιστα, ὅτι μηδεμιᾶ ἐστὶ νόμου παραγραφὴ. i. e. *Quid ergo si in possessione ingenuitatis sit, qui libertus dicitur, et fiducia sui iuris in se suscipiat probationes ingenuitatis suae, an admittemus eum* docentem, *et si hoc probaverit, pronuntiabimus ingenuum esse? et* Ulpianus *ait, omnino admittendum, quia nulla iuris captio est.*

23) Cod. Erl. et sententia secundum se danda.

24) Hal. cum nulla captio iuris intercedat.

Nämliche, was oben von dem Falle gesagt wurde, da Jemand behauptet, er sey ein freier Mensch, welchen ein Anderer für seinen Sklaven hielt. Denn ob Jemand behauptet, ein Anderer sey sein Sklave, oder er sey sein Freygelassener, das macht keinen Unterschied. Ulpian erörterte diesen Fall in seinem *libro singulari de Officio Consulis*, weil auch die Consuln in Sachen der Libertät eine competente Jurisdiction hatten [25]). Zwar gehörten causae liberales auch noch unter den Kaisern hauptsächlich vor das Centumviralgericht [26]), dem der Prätor in Rom vorstand, und dem daher auch die Jurisdiction in solchen Sachen zugeschrieben wird [27]); allein doch nicht ausschließlich [28]). Favor enim libertatis est, sagt Paulus [29]) *libro* 13. *ad Edictum*, *ut maiores iudices habere debeat*; ja Justinian verordnete [30]), huiusmodi lites, *in quibus, utrum ingenuus an libertinus sit aliquis, quaeritur*, apud competentes *maximos iudices* examinari oportere. Den Ausdruck Ulpians *in possessione libertinitatis esse* erklärt der

25) *L.* 50. *D. de condit. et demonstrat. L.* 27. *D. de liberali causa.* Campiani de officio et potestate Magistratuum Romanor. et iurisdict. pag. 117. und *Mich. Cont.* Curtius Comm. de Senatu Rom. post tempora Reip. liberae. Lib. II. cap. 2. §. 31.

26) S. *Car. Frid.* Zepernick Disquisit. de causis centumviralibus. §. 11. adj. Siccamae libro *de iudicio centumv.* pag. 260. sqq.

27) *L.* 1. *Cod. Si mancip. ita venierit, ne prostituat.*

28) Zepernick c. l.

29) *L.* 32. §. 7. *D. de arbitris.*

30) L. 6. C. Ubi causa status agi debeat. S. Zepernick c. l. pag. 261.

griechiſche Scholiaſt: durch παρέχειν ὑπηρεσίας ὡς ἀπελεύθερος, operas praestare quasi libertus. *In possessione ingenuitatis esse* iſt hingegen ſoviel, als pro ingenuo se gerere. In beyden Fällen wird aber vorausgeſetzt, daß es sine vi et sine dolo malo geſchehen ſey [31]). Befindet ſich alſo derjenige, dem ſeine freie Geburt ſtreitig gemacht wird, in dem Beſitz der Ingenuität, ſo iſt er zwar vom Beweiſe frey, und kann den Beweis des Gegentheils abwarten. Will er aber dennoch, im Vertrauen auf ſein Recht, den Beweis ſeiner freien Geburt freywillig übernehmen, ſo kann ihm dieſes ohne Bedenken erlaubt werden, weil es nicht in fraudem legis geſchieht. Dieß heißt hier: *cum nulla captio intercedat iuris.* Denn er begiebt ſich dadurch blos eines Vortheils, den er nach den Geſetzen zu genießen gehabt hätte, und dieß ſteht einem Jeden frey [32]). Daher ſagt auch Paulus *libro V. Sententiar Receptar* [33]). Cui necessitas probandi de ingenuitate sua non incumbit, ultro si ipse probare desiderat, audiendus est. Accurſius bemerkt, Placentinus habe dieſe Stelle in unſerm Fragmente nicht zu erklären gewußt. Vielleicht aber gereichte ihm dieſes Bekenntniß weniger zur Schande, als dem Accurſius ſeine eigene Erklärung, nach welcher *morem ei geri* ſoviel ſeyn ſoll, als consuetudinem iudiciorum ei servari. Wer kann

31) L. 10. L. 12 pr. D. de liber. causa. S. Donellus ad h. Tit. Pand Cap 2. pag. 251.

32) *L.* 29. *Cod. de pactis.*

33) *L.* 39. *pr. D. de liberali causa.* Dieſe Stelle iſt aus Pauli *Sentent. receptar. Lib. V. Tit.* 1. genommen. S. *Ant.* Schulting Iurispr. Antejustin. p. 433.

ließ lesen, ohne mit Franz Duaren [34]) auszurufen: Videtis quanta fuerit caligo temporis *Accursii!* Die vorhergehenden Worte: an *obtemperari* ei debeat, konnten ihn ja schon belehren, daß *morem ei geri* nichts anders, als eben dasselbe, bedeuten könne, nämlich daß man dem Besitzer hierin gern willfahre, probanti (nicht *probandi*, welches eine offenbar falsche Lesart ist) *se ingenuum*, d. h. wenn er beweisen will (*probare volenti*) [35]) er sey ein Freygebohrner. Diese freywillig übernommene Beweisführung war nun auch für ihn nicht ohne Nutzen. (Et non *ab re* esse opinor.)

Der Vortheil bestand darin, daß wenn er diesen Beweis vollständig beybrachte, er dadurch eine Sentenz erwirken konnte, wodurch er geradezu für einen ingenuus erklärt wurde, dahingegen, wenn er den Beweis seinem Gegner übernehmen ließ, und dieser fehlschlug, das Erkenntniß nur dahin gieng, er sey nicht des Klägers libertus [36]). Noch anders wurde die Sentenz gefaßt, wenn der Kläger, der den status des Beklagten in Streit gezogen hatte, den Prozeß liegen ließ. Hier hatte der Beklagte die Wahl, ob er den Prozeß kassiren lassen, (cognitionem circumduci) oder es auf einen Rechts-

34) Comm. ad h. Tit. Cap. IV. *Oper.* pag. 939. in fin.

35) Es geschieht das in den Pandecten sehr häufig, daß die verba absolutae actionis, durch cupio, desidero, volo, erklärt werden müssen. Eine Menge Beyspiele hat *Guil. Ott.* Reitz in Annotatt. Sporad. bey Püttmann in Opuscul. iurid. ex observatt. miscell. Batavis in unum volum coll. p. 151. sq. angeführt.

36) S. Pothier Pand. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XXX. not. e. pag. 638.

ſpruch ankommen laſſen wollte. Dieſen erwirkte er, wenn er den Beweis ſeiner Freyheit oder Ingenuität übernahm. Das Erkenntniß lautete aber nachher folgendermaßen: *Servum illius* oder *libertum illius non* VIDERI, wie unſer Ulpian in demſelben *lib. 2. de Officio Consulis* bemerkt hat [37].

L. 15. MODESTINUS *Libro duodecimo Responsorum.*

Quidam [38] quasi ex [39] Seja susceptus a [40] Gajo Sejo, cum Gajus fratres haberet, hereditatem Gaji invasit: et fratribus eiusdem, quasi ex mandatu [41] defuncti, fideicommissa solvit: cautionem [42] accepit. qui postea [43] cognito quod filius fratris eorum non fuisset, quaerebant an cum

37) *L. 27. §. 1. D. de lib causa.* S. *Ant.* FABER Iurisprud. Papinian Tit. IV. Princ. II. Illat. 1 pag. 128. *Ant.* QUINTANADUEGNA de iurisdictione et imperio. Lib. I. Tit. 5. n. 22. (*Thes Meerman* Tom. II. pag. 229.) und *Franc* RAMOS DEL MANZANO ad LL. Iul. et Pappiam Lib. II. cap. 22. nr. 5. (*Thes. Meerm.* Tom. V. pag. 200.)

38) Hal. macht nach Quidam ein Komma.

39) Cod. Erl. *a* Seja.

40) Haloand. susceptus Gajo Sejo. Ruſſard hat das a mit ſeinem gewöhnlichen Zeichen ‖a‖ eingeklammert.

41) Cod. Erl. ex mandato.

42) Cod. Erl. *et* cautionem. Eben ſo Haloander und Baudoza.

43) Hal. hat nach postea und cognito ein Komma.

eo [44]) de hereditate fratris possint [45]) propter emissam manum ab eis [46]) quasi filio [47]), agere. *Modestinus* respondit, cautione exsoluti fideicommissi [48]) statum eius, qui probari potest a fratribus defuncti filius mortui non esse [49]), minime confirmatum esse. Sed hoc ipsum a fratribus probari debet [50]).

Auch hier iſt von dem Beweiſe eines status, und der Frage die Rede, wer ihn übernehmen müſſe. Es hatte ſich Jemand argliſtig für den Sohn des verſtorbenen Cajus ausgegeben, und deſſen Erbſchaft in Beſitz genommen. Cajus hatte Brüder hinterlaſſen, welche eigentlich ſeine geſetzlichen Erben waren. Um dieſe deſto ſicherer zu machen, und ſich in ſeinem ungerechten Beſitze, jene aber in dem Glauben, er ſey der wahre Erbe, deſto mehr zu befeſtigen, zahlt er ihnen einige Fideicommiſſe aus, und giebt vor, ſie ſeyen ihm von dem Erblaſſer aufgetragen worden. Er gebraucht dabey die Vorſicht, ſich von den Brüdern des Verſtorbenen über den Em-

44) Cod. Erl. cum *eodem*.

45) Baudoza possent. Eben ſo die Pariſer Ausgabe von 1576. apud. *Sebast. Nivellium*. f. und die des Hugo *a* Porta. *Lugduni* 1572. f.

46) Hal. propter emissam ab eis manum.

47) Cod. Erl. quasi *cum* filio. Eben ſo Haloand.

48) Cod. Erl. cautione ex fideicommissi soluti.

49) Haloand. qui probari *posset* a fratribus defunct filius non esse. Das Wort mortui fehlt hier.

50) Haloand. Sed hoc ipsum *tamèn* a fratribus *probari debere*.

pfang der Fideicommisse eine Quittung ausstellen zu lassen. (In dieser Bedeutung wird hier das Wort cautio gebraucht [51]). Die Brüder des Verstorbenen entdeckten nachher den Betrug, und nun entstand die Frage, ob sie doch noch auf Herausgabe der Erbschaft gegen den Betrüger, als Besitzern derselben, klagen konnten, nachdem sie ihn durch die ausgestellte Quittung einmal als Sohn und Erben des Verstorbenen anerkannt hatten? Modestin sagt *propter emissum ab eis manum*. Diese Worte enthalten einen Gräcismus. Die Griechen nahmen manus häufig für chirographum [52]). Die Worte wollen also soviel sagen: propter emissum chirographum [53]), wie sie auch Cujaz [54]) erklärt, oder nach Russard [55]) propter cautionem eorum chirographo scriptam. Modestin beantwortet nun die aufgeworfene Frage auf folgende Art. Durch die ausgestellte Quittung über das empfangene Fideicommiß sey zwar der status jenes Menschen keinesweges auf eine solche Art bestätiget, daß nun vermöge derselben derjenige als Sohn anerkannt werden

51) *L.* 32. §. 1. *D. de admin. tutor.* S. den 3. Th. dieses Commentars §. 243. Not. 10 Die Basiliken Tom. III. pag. 3. haben das Wort ἀποδειξις.

52) S. *Em.* Merillius Observat. Lib. III. cap. 33. und *Ev.* Otto de Iurisprud. symbolica. Exercit. II. Cap. X. pag. 188.

53) So kommt *L.* 52. *D. de act. emti et vend.* chirographum solutionis vor. Der griechische Scholiast in Basilic. Tom. III. p. 34. sagt: ἀπόδειξιν ἰδιόχειρον ἔλαβε παρ' ἀυτῶν.

54) Commentar. in Libr. XII. Responsor. Herennii Modestini. *Oper.* a Fabroto editor. Tom. III. pag. 192.

55) Not. ad h. L.

müßte, der doch wirklich des Erblaſſers Sohn nicht iſt. Allein da doch die Brüder des Verſtorbenen das Fideicommiß von ihm, als den vermeintlichen Sohn und Erben des Verſtorbenen angenommen, und ihm in dieſer Eigenſchaft auch die Quittung ausgeſtellt, folglich ihn ſelbſt in den Beſitz des ſich angemaßten status geſetzt haben; ſo müſſen ſie nun freylich auch, wenn ſie den Betrüger aus dieſem Beſitz wieder vertreiben wollen, den Beweis, daß der Beklagte her nicht ſey, für welchen ſie ihn gehalten haben, um ſo mehr übernehmen, als der Betrug immer von dem bewieſen werden muß, welcher deſſen Daſeyn behauptet [56]). Hätten ſie nur das Fideicommiß nicht angenommen, und die Quittung nicht ausgeſtellt, ſo hätte der Beklagte den Beweis ſeiner Einrede, daß er des Erblaſſers Sohn ſey, nach *L.* 1. *h. t.* ohne Zweifel übernehmen müſſen [57]).

---

56) *L.* 18. §. 1. *D. h. t.*

57) S. *Jac.* Cujacius cit. Commentar. und *Franc.* Duarenus Commentar. ad h. Tit. Cap. IV. *Operum* pag. 939.

L. 16. TERENTIUS CLEMENS *libro tertio* [58]) *ad Legem Iuliam et Papiam.*

Etiam matris professio [59]) filiorum recipitur, sed et avi [60]) recipienda est.

Seitdem es aufgekommen war, daß die Eltern ihre neugebohrnen Kinder apud acta publica angeben mußten, um allem Betruge vorzubeugen, welcher dadurch häufig war begangen worden, daß man, um die Belohnungen der ehelichen Fruchtbarkeit zu genießen, fremde Kinder

58) Haloand. libro IIII. Eben so *Lud.* MIRAEUS edit. *Paris.* 1552. 8.

59) Haloand. professio *de aetate filiorum.* Eben so Bauboza. Miräus hat die Worte de aetate eingeklammert. Der griechische Scholiast in den Basiliken T. III. pag. 35. erklärt unser Fragment auch περὶ τοῦ χρόνου. Allein Terentius Clemens handelte *lib. III. ad Legem Jul. et Papiam* nicht von dem Alter, sondern von der Zahl der Kinder, mit welcher nach der Lex Julia eine Immunität von persönlichen Pflichtämtern verbunden war. *L.* 147. *D. de Verb. Signif.* S. *Iac.* GOTHOFREDI Quatuor fontes iuris civ. ad Cap. VIII. Legis Iuliae et Papiae (Tom. III. *Thes. iur. Rom. Otton.* pag. 218.) und HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 8. pag. 207. sqq.

60) *Cod. Erl.* sed et *aviae maternae* recipienda est. Auch die Pariser Prachtausgabe von 1576. *apud Sebastianum Nivellium* f. lieset statt avi, *aviae.* Da die Glosse sowohl des Vivianus als des Accursius dieses Fragment durch Beyspiele von der Mutter und Großmutter erläutern, so scheint es, daß ihre Handschriften auch *aviae* gelesen haben. Die *Basilica* T. III. pag. 3. haben jedoch τοῦ πάππου.

für seine eigne ausgegeben hatte; konnte die Frage entstehen, ob die professio nothwendig vom Vater, oder väterlichen Großvater geschehen müsse, oder ob sie auch von der Mutter, oder dem mütterlichen Großvater anzunehmen sey? Terentius Clemens trägt kein Bedenken, diese Frage zu bejahen, und da diese Stelle aus desselben Commentar ad Legem Juliam et Papiam genommen ist, so behaupten mehrere Rechtsgelehrten [61]), die professio publica sey durch die Lex Papia eingeführt worden. Es läßt sich jedoch dieß mit Gewißheit nicht bestimmen, so gewiß es auch ist, daß die professio liberorum schon längst vor den Zeiten des Kaisers Marcus Antoninus üblich gewesen sey, wie oben ad *L.* 13. *h. t.* erwiesen worden ist. Guido Pancirolli [62]) glaubt indeß, Terentius Clemens habe das Edict des Kaisers Marcus vor Augen gehabt, und solches durch Interpretation auf die Mutter und den Großvater ausgedehnt. Es scheint jedoch, daß man die professio der Mutter nur dann zu den Acten genommen habe, wenn der Mann abwesend und auf Reisen war, so daß vor dem dreyßigsten Tage, binnen welchen die professio geschehen mußte, seine Zurückkunft nicht zu erwarten war, wie aus *L.* 29. §. 1. *D. h. t.* erhellet [63]). Die Glosse versteht zwar unter

61) *Iac.* Gothofredus in IV. fontibus iuris civ. ad L. Iul. et Pap. Popp. *in Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 217. und *Em.* Merillius Observation. Lib. III. cap. 33.

62) Thesaur. variar. Lection. utriusq iuris. Lib. II. cap. 49 in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Heineccii. Tom. II. pag. 1165.

63) S. Merillius Observation. c. l.

professio ein bloßes Privatzeugniß der Mutter über das Alter der Kinder, und kommt daher in Ansehung der Beweiskraft desselben wegen der *L. 6. C. de Testib.* in nicht geringe Verlegenheit. Allein der Irrthum derselben ist schon vom Franz Ramos del Manzano [64]) gerügt worden. *Professio* wird vielmehr hier im eigentlichen Sinn genommen für professio publica, oder, wie Panciroli [65]) sagt, delatio nativitatis et nominis filii, ut scribatur a persona publica ad hoc electa, vel etiam in Actis apud Praesidem. Durch eine solche professio konnte nun nicht nur das Alter, sondern auch die Zahl der Kinder bewiesen werden, wenn Jemand aus diesem Grunde eine Befreyung von persönlichen Pflichtämtern zu erhalten suchte. In dieser Beziehung gedachte auch Terentius Clemens in seinem Commentar über die Lex Julia et Papia der professio filiorum. Es ist also hier nicht sowohl von dem Beweise des Alters der Kinder, wovon die oben erklärte *L.* 13. spricht, sondern vielmehr von dem Beweise der Zahl der Kinder die Rede, welche auch der Mutter selbst zu statten kommen konnte [66]). Die Basiliken [67]) erklären jedoch dieses Fragment so, die professio der

64) Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. IV. Reliquat. VII. nr. 3. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 450.)

65) c. l.

66) *L.* 5. *Cod. de his, qui numero liberor. excusation. meruer.* (X. 51.)

67) Lib. XXII. Tit. 1. Const. 16. Tom. III. edit. *Fabroti* pag. 3.

Mutter und des Großvaters nütze auch dem Kinde, (συμβάλλεται τῷ παιδί) d. i. diene auch dem Kinde zum Beweiſe.

L. 17. Celsus Libro sexto Digestorum.

Cum de Lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est, locum habere legem Falcidiam [68]). quod dum [69]) probare non potest, merito condemnavitur [70]).

Die Lex Falcidia ſichert dem Erben den vierten Theil des Nachlaſſes gegen die verſchwenderiſche Freygebigkeit des Teſtirers an Legaten, und berechtiget ihn, wenn er denſelben nicht übrig hat, den Vermächtnißnehmern einen verhältnißmäßigen Abzug zu machen [71]). Das Geſetz ſichert eben dadurch auch die Gültigkeit der Teſtamente, aus welchen ſonſt oft ſelbſt die Erbſchaften wohlhabender Erblaſſer, wegen Ueberſchwerung mit Vermächtniſſen, ausgeſchlagen wurden. An der Erhaltung der Teſtamente war aber ſelbſt den Triumvirn gelegen, unter deren Herrſchaft dieſe Lex auf den Antrag des Tribuns Publius Falcidius im Jahre der Erb. Roms 714 iſt gegeben worden, weil von teſtamentariſchen Erbſchaften an das Aerar die Viceſima abgegeben

68) Auch *Cod. Erl.* macht nach Falcidiam ein Punctum.

69) Haloander cum.

70) *Cod. Erl.* condempnabitur. Alle andere condemnabitur, auch ſo die Gebauerſche Ausgabe.

71) L. 1. *pr. D. ad Leg. Falcid.*

werden mußte [72]). Das Geſetz ſichert endlich auch dem Erben die Erbſchaft in dem Zuſtande, in welchem ſie ſich zur Zeit des Todes des Erblaſſers befand, ſo daß nachheriger Zuwachs derſelben den Legatarien nicht zu ſtatten kommt, und trägt auch gleich der Erbe die nachher erfolgte Abnahme, ſo ſteht es ihm doch noch immer frey, die Erbſchaft auszuſchlagen, um hierdurch die Legatarien zu nöthigen, daß ſie ſich mit ihm vergleichen [73]).

Will nun der Erbe in einem vorkommenden Falle von der Lex Falcidia Gebrauch machen, ſo muß vor allen Dingen der Betrag des Nachlaſſes berechnet werden. Dazu wird nach dem Röm. Recht ein Arbiter gegeben, ſobald auch nur einer der Legatarien ſich gemeldet hat. Jedoch pflegt dann der Erbe auch die übrigen Legatarien, ſo wie auch die Gläubiger, vorladen zu laſſen, um dieſer Vermögensunterſuchung beyzuwohnen, und ihr Intereſſe dabey wahrzunehmen. Es verſteht ſich aber, daß dieſe Berechnung denen nicht präjudiciren kann, welche nicht dazu mit vorgeladen worden ſind [74]). Der Erbe muß nun bey dieſer Berechnung den Legatarien die erforderlichen Beweiſe über den angegebenen Beſtand der Erbſchaft vorlegen, weil ſie ſich nicht ſchlechterdings

72) Dio Cassius *Hist. Rom. Lib. XLVIII. pag.* 377. Appianus *de bello civ.* Lib. V. pag. 1129. *Io. Guil.* Hoffmann Singularia capita ex historia Triumviratus. *Francof. ad Viadr.* 1733. §. 15. (in *Dan.* Fellenberg *Iurisprud. antiqua.* Tom. II. *Bernae* 1761. 4.) pag. 303. sq und Hugo Lehrbuch der Geſchichte des Röm. Rechts. §. 265.

73) *L.* 73. *pr. D. ad Leg. Falcid.* §. 2. *I. eodem.*

74) *L.* 1. §. 6. *D. Si cui plus, quam per L. Fal.*

bey ſeiner Angabe zu beruhigen brauchen [75]). Hieher gehört die Stelle aus Scävola's *Libro XXI. Digestorum* [76]): Post aditam hereditatem triennio exacto, legatariis heres legem Falcidiam opponit idcirco, quod administravit tutelas testator, quarum ratio nondum reddita sit: et quod neget tantum redigi ex nominibus posse, quantum in cautione deductum est. Quaesitum est, an rationes defuncti et omnium instrumentorum hereditariorum et pupillarium rationum legatariis desiderantibus heres describendi potestatem facere debeat: ne in potestate eius sit proferre, quod velit, et per hoc in fraudem legatarii inducantur? Respondit, *ad iudicis officium pertinere, explorare ea, per quae probetur, quanti sit in bonis* [77]).

Dieſem gemäß ſagt nun alſo unſer Celſus mit Recht, dem Erben liege der Beweis ob, wenn er im Streite mit dem Legatarien behauptet, daß er den Falcidiſchen Antheil nicht übrig habe. Denn er ſucht hierdurch nicht nur ein Recht, ſondern auch zum Theil eine Befreyung geltend zu machen [78]). Kann er dieſen Beweis nicht führen, ſo muß er zur Auszahlung des ganzen Legats ohne Abzug verurtheilt werden.

---

75) S. *Jac.* Voorda ad Legem Falcidiam commentar. (*Harlingae* 1730. 8.) Cap. XIII. §. 1. pap. 349. sq.

76) *L.* 95. §. 2. *D. ad L. Falcid.*

77) S. Weſtphals Darſtellung der Rechte von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen §. 1187. und §. 1188.

78) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführ. im Civilproc. Abſch. VI. S. 181. Not. 24.

L. 18. Ulpianus *Libro sexto Disputationum.*

Quotiens operae quasi a liberto petuntur, probationes ab eo, qui se patronum dicit exiguntur. et ideo *Julianus* scripsit [79]) licet in praeiudicio possessor patronus esse videtur [80]), verum [81]) partibus actoris non libertum fungi debere: sed eum qui se patronum esse contendit [82]).

Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet [83]).

Interrogationis factae [84]) probationem actori imponi debere [85]), id est ei qui in iure interrogatum dixit respondisse, se solum heredem esse, vel si [86]) tacuisse dicatur interrogatus, aeque tantundem erit dicendum, impositam iNprobationem [87])

79) *Cod. Erl.* scribit.

80) Haloand. licet patronus in praeiudicio possessor esse videatur.

81) Bauboza verum*tamen.*

82) Hal. contendat.

83) Hal. docere debet, dolum admissum esse.

84) *Cod. Erlang.* Interrogationis factae et completae.

85) *Cod. Erl.* debere imponi.

86) *Cod. Erl.* et si. Haloand. sed et si.

87) *Cod. Erl* imposita probatione. Eben ſo Haloand. und Bauboza und Miräus. Hingegen Rouſſard und Charondas wie Torelli. Gebauer hat impositam inprobationem. Die Pariſer Ausgabe von 1576. apud *Sebast. Nivellium*, Hugo a Porta *Lugd.* 1572. f. und die Gothofrediſchen Ausgaben impositam improbationem. Noch andere Leſearten

non ei qui excepit se non respondisse, sed actori [88]).

Ueber den status eines Menſchen kann auf zweyerley Art geſtritten werden, durch Klage und Exception. Beydes, ſowohl die Klage als Einrede, wird *praeiudicium* genennt [89]). Daher ſagt Cuja z [90]) ganz richtig: *Praeiudicium* est omnis quaestio status, quod plerumque eam actionem sequatur alia, veluti de hereditate, de operis, de obsequiis, de alimentis. Inſonderheit wird jedoch *praeiudicium* ein ſolcher Rechtsſtreit über den status eines Menſchen genannt, der aus Veranlaſſung einer vorgehenden Hauptklage durch Vorſchützung einer Exception entſtanden iſt, und mit der Hauptſache in einer ſo engen Verbindung ſteht, daß die

führt Brenkmann in der Gebauerſchen Ausgabe an. Die Leſeart imposita probatione ſcheint zwar unter den mehreren den Vorzug zu verdienen, jedoch tragen andere Bedenken, die Florentine zu verlaſſen. *Pet.* Pithoeus in Adversar. quae ad ius Rom. pert. woraus ſich Excerpta von Fabrot in Tom. I. *Thes. Meerm.* pag. 353. finden, erklärt *in*probationem für *eam* probationem. So wie nämlich *em* für eum, ſo werde *in* für eam von den Alten gebraucht. *Jo. Guil.* Hoffmann in Meletemat. et Observat. var. ad Pand. Diss. XX. §. 2. in fin. verwandelt das a in *u*, und im in *iri*, und lieſet *impositum iri probationem.* Dieſer Emendation giebt auch *Jo.* Wunderlich in Additament. ad *Brissonium*, voc. Improbatio ſeinen Beyfall.

88) Die beyden §. §. werden übrigens auch in dem Cod. Erl. durch die gewöhnlichen Zeichen unterſchieden.

89) *L.* 37. *D. de obligat. et act. L.* 12. *L.* 13. *L.* 16. *L.* 18. *D. de exceptionib. praescript. et praeiudiciis.*

90) Paratitl. ad Tit. 5. Lib. XXV. Digestor.

Entſcheidung derſelben von der Erörterung der Exception abhängt. Von einem ſolchen praeiudium iſt hier die Rede. Ulpian erklärt ſich darüber an einem andern Orte näher. Er ſagt *libro XXXVIII. ad Edictum*[91]). Quotiens de hoc contenditur, *an quis libertus ſit*; ſive operae petantur, ſive obsequium desideretur, ſive etiam famosa actio intendatur, ſive in ius vocetur, qui ſe patronum dicit, ſive nulla causa interveniat[92]), redditur *praeiudicium*. Sed et quo-

91) *L. ult. D. Si ingenuus esse dicetur.* (XL. 14.)

92) Die Leſeart dieſer Worte iſt ſtreitig. *Hug.* Donellus Comm. ad Tit. h. Pand. Cap. 2. pag. 259. will sive *ulla causa* interveniat leſen. *Jo. van de* Water Observation. iur. Rom. Lib. II. cap. 9. lieſet sive *alia causa* interveniat. Allein *Sigm. Reich.* Jauch Meditat. critic. de negationibus Pandect. Florentin. p. 69. verwirft beyde Emendationen, und erklärt nulla causa von denjenigen, *quae praecesserunt*. Alſo wenn z. B. derjenige, welcher ſich für freygebohren hält, ſelbſt als Kläger auftritt, und eine Präjudicialklage anſtellt. Anders erklärt dieſe Stelle *Jac.* Raevardus de praeiudiciis. Lib. II. cap. 4. *Oper.* Tom. II. pag. 755. sq. nämlich si vel, finito praeiudicio, nulla causa in iudicium deducatur, sed causa principalis evanescat et inutilis videatur, weil nämlich der in Anſpruch genommene libertus für einen ingenuus war erklärt worden. Dieſer Erfolg ändere die Natur der Präjudicialſache nicht. Er beruft ſich auf *L. 42. pr. D. de nox. act. L. 24. §. 2. et 3. D. de lib. caus. L. 6. C. de ord. cognit.* Noch anders, aber mit noch wenigerem Beyfall, *Franc.* Duarenus Disputation. anniversar. Lib. II. cap. 2. non cogitur patronus causam exprimere intentionis suae, puta, quia vel operas, vel

tiens quis libertinum quidem se confitetur, libertum autem Caji Seji se negat, idem praeiudicium datur. Redditur autem *alterutro desiderante. Sed actoris partibus semper, qui se patronum dicit, fungitur, probareque libertum suum necesse habet: aut, si non probet, vincitur.*

Der Unterſchied, ob der Prozeß über den Status gleich Anfangs durch eine Klage erhoben ward, oder bey Gelegenheit einer andern Hauptklage durch eine Exception entſtand, äußerte ſich vorzüglich darin, daß in dem erſten Fall der Beſitz entſchied, wer die Rolle des Klägers, und alſo die Beweislaſt übernehmen mußte, in dem letztern Falle hingegen der Kläger in der Hauptſache, auch als Kläger in Anſehung des praeiudicium behandelt wurde, und, wenn er auch gleich im Beſitz zu ſeyn ſchien, dennoch ſich der Beweislaſt unterziehen mußte, ſofern er in der Hauptſache gewinnen wollte. Darauf zielt auch Ulpian in unſerm Text, wenn er ſagt: licet in praeiudicio *possessor* patronus esse videtur, verum partibus actoris non libertum fungi debere; sed eum, *qui se patronum esse contendit.* Den Grund hiervon giebt Ulpian an einem andern Orte an, nämlich in einer Stelle [93]), welche auch aus demſelben *libro XXXVIII. ad Edictum* genommen iſt, und mit der obigen vielleicht unmittelbar zuſammenhing [94]) Generaliter, ſagt er da-

aliud huiusmodi quippiam a liberto sibi praestari debere contendat. Die richtigſte Erklärung hat wohl Jauch.

93) *L.* 12. *D. de except.* (XLIV. 1.)

94) S. Labitti Usum Indicis Pandectar. Cap. 3. §. 4. (in *Abr.* Wisling *Jurisprud. restituta.* Tom. II. pag. 38.)

ſelbſt, in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit. Dieſe Stelle, welche einigen [95], gleich einem ſibylliniſchen Orakel, ganz unerklärbar zu ſeyn geſchienen hat, geht ſowohl ihrem Zuſammenhange nach, als nach dem Orte, den ſie jetzt in den Pandecten einnimmt, vorzüglich auf Präjudicial-Exceptionen [96], ob ſie gleich viele [97] von Präjudicial-Klagen verſtehen wollen, und daher den Tribonian tadeln, daß er ſie von ihrem urſprünglichen Orte verdrängt, und unter einen ganz unrichtigen Titel geſtellt habe. Da die exceptio praeiudicialis gerade diejenige Intention des Klägers beſtreitet, welche bey der von ihm angeſtellten Klage, als weſentlicher Grund derſelben, vorausgeſetzt wird, ſo iſt begreiflich, warum demjenigen, der ſie vorſchützt, nicht der Beweis aufgelegt werden könne. Man ſetze alſo, daß Jemand von demjenigen, welchen er für ſeinen Freygelaſſenen hielt, Dienſte forderte; ſo war nun dieſes freylich die Hauptklage. Es lag aber dabey noch eine andere Intention zum Grunde, welche der Kläger mit dieſer Klage zugleich geltend zu machen ſuchte, nämlich die, daß er des Beklagten Patron ſey. Hanc intentionem persequitur actor in praeiudicio, secundum id, quod intendit in iudicio

95) S. *Car. Andr.* Duker Opusc. var. de Latinitate ICtor. vet pag. 331.

96) S. *Em.* Merillii Observation. Lib. VII Cap. 29. und *Jac.* Raevardus de Praeiudiciis. Lib. II. cap. 3.

97) *Jac.* Cujacius Observat Lib. V. cap. 27. *Jo. van de* Water Observat iur Rom Lib II. cap. 9. und *Jan. a* Costa Praelection. ad illustrior. quosd. Titulos locaq. sel. iur. civ. pag. 236.

principali. Setzte ihm nun der Beklagte die Einrede entgegen, er sey ein ingenus, und dem Kläger zu keiner Dienstleistung verbunden; so hatte diese exceptio praeiudicialis die Wirkung, daß die Hauptklage so lange ausgesetzt bleiben mußte, bis die exceptio untersucht, und darüber erkannt worden war. Dieß bringt auch schon die Natur einer solchen Exception mit sich [98]). Futuri enim iudicii, non facti nomine, sagt Julian [99]), huiusmodi exceptiones comparatae sunt. Nach der Römischen Gerichtsordnung konnte nun der Beklagte den Prätor bitten, daß er der Instruction für den Juder seine Exception beyfüge, welche nun so lautete: *Si paret, Titium, Caii libertum, Caio patrono suo operas debere, condemna:* SI NON IN EA RE INGENUITATI PRAEIUDICIUM FIAT [100]). Dieß nennt Ulpian *praeiudicium redditur.* Es leuchtet nun in die Augen, warum der Kläger auch in der Präjudicialsache als Kläger zu behandeln war, und daher beweisen mußte, der Beklagter sey sein Freygelassener, oder welches eben so viel ist, Kläger sey des Beklagten Patron. Denn dieß war ja die Grundintention der Hauptklage. Mit Recht sagt daher Merille [1]): In praeiudiciis, id est, exceptionibus praeiudicialibus, is actoris partes sustinet, qui habet intentionem in *praeiudicio* secundum id, quod intendit *in iudicio principali.* Pa-

98) *L.* 18. *D. de except. Just. Henn.* Boehmer Diss. de exceptione praeiudiciali. *Halae* 1739. §. 11. sqq.

99) *L.* 13. *D. de except.*

100) Raevard. de praeiud. Lib. II. c. 1. et c. 4. Brisson. de formulis Lib. V. cap. 54.

1) Observat. Lib. VII. c. 29.

tronus petit operas a liberto, quod est *iudicium principale: praeiudicium* est de ingenuitate, seu libertinitate: patronus igitur in *praeiudicio*, seu exceptione principali, actoris partes sustinere debet, quia habet intentionem *in iudicio principali*, ut tanquam patronus operas petat a liberto: et ita in *praeiudicio* intentionem probare debet, scilicet se patronum esse. Eine andere Ansicht hat Franz Duaren. Er setzt den Grund, warum der Patron, wenn er Dienste von seinem libertus forderte, jederzeit den Beweis übernehmen mußte, ob er sich auch gleich im Besitz befinden sollte, darin, weil er anders keine Dienste fordern konnte, als wenn sie ihm bey der Manumission versprochen worden waren [3]). Es sey also in einem solchen Rechtsstreit nicht blos darauf angekommen, ob der Beklagte des Klägers Freygelassener sey. Denn dieß konnte er seyn, ohne deshalb seinem Patron Dienste leisten zu müssen, wenn nämlich keine waren versprochen worden, gesetzt auch, daß der Beklagte solche Dienste freywillig geleistet hätte. Darum habe der Patron beweisen müssen, daß er sie zu fordern befugt sey. Die Basiliken [4]) geben über unser Fragment keinen Aufschluß. Es heißt blos: Ο ἀπαιτῶν ὑπηρεσίας τινὰ ὡς ἀπελεύθερον, ἀντὸς δείκνυσιν. Qui operas quasi a liberto petit, id probare debet.

2) Commentar. in h. Tit. Cap. 3. in fin. §. Et inprimis *Oper.* pag. 940.

3) *L.* 31. *D. de operis libertor.* Modestinus *Lib. I. Regularum.* Operis non impositis manumissus, etiam si ex sua voluntate aliquo tempore praestiterit, compelli ad praestandas, quas non promisit, non potest.

4) Tom. III. pag. 3. Const. 18.

Der folgende Satz, wer den Andern eines Dolus beſchuldiget, wenn es auch gleich in der Einrede geſchieht, muß das Daſeyn deſſelben beweiſen, iſt ſchon oben ad *L.* 6. vorgekommen. Der Grund hiervon iſt, weil nicht vermuthet wird, daß Jemand betrüglich gehandelt habe. Daher kann jeder, dem ein Betrug vorgeworfen wird, hierüber den Beweis verlangen. Denn es würde ungerecht, ja vernunftwidrig ſeyn, ohne dieſen Beweis einen ſolchen Vorwurf ſchon als gegründet anzunehmen [5]). Eine Menge von Geſetzen [6]) haben auch die Anwendung jenes Satzes in einzelnen Fällen beſtätigt. Es iſt daher immer eine Ausnahme von der Regel, wenn die Geſetze [7]) zuweilen den Dolus bey Unterlaſſung einer Pflicht vermuthen, welche durchaus keine Ausdehnung erlaubt. Es läßt ſich vielmehr von jedem böſen Vorſatz, wenn er auch nicht gerade in einem Betruge beſteht, als allgemeine Wahrheit annehmen, daß er bewieſen werden müße, weil die rechtswidrige Handlung für ſich allein einen Vermuthungsgrund für den Dolus nicht enthält, wie in dem neuen Archiv des Criminalrechts [8]) höchſt einleuchtend gezeigt

5) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civ. Proc. V. 9. S. 131.

6) *L.* 51. *D. pro socio. L.* 4. *L.* 10. *Cod. de rescind. vendit. L.* 2. *D. de suspect. tutor.* u. a. m.

7) *L.* 7. *pr. D. de administr. et peric. tutor. L.* 13. *Cod. Arbitrium tut.* S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 293. Not. 98.

8) Ueber die Vermuthung des böſen Vorſatzes nach dem Röm. Rechte von Wening; und über den Beweis

worden ist. Es giebt zwar allerdings Handlungen, welche so geartet sind, daß sie, wenn nämlich deren Daseyn erwiesen ist, nach speciellen Verordnungen [9]) für sich eine Anzeige des Dolus geben, welche für diesen oder jenen Fall zum Beweise einer bösen Absicht hinreicht; allein von einer Vermuthung des Dolus ist gleichwohl in allen diesen Fällen die Rede nicht.

Ulpian scheint übrigens ein Gewicht auf die Worte zu legen, *licet in exceptione*, und da diese Stelle aus seinen *libris Disputationum* genommen ist, worin die Römischen Rechtsgelehrten öffentlich ventilirte streitige Rechtsfragen zu sammlen pflegten [10]), so könnte es wohl ehemals streitig gewesen seyn, ob auch der Beklagte die exceptio doli zu erweisen habe, wenn sie z. B. einer Klage aus dem Contract entgegengesetzt wird. Denn in allen vorherigen Gesetzen wird die Beweislast immer mit der Rolle des Klägers verbunden. Den Zweifel löst aber Ulpian selbst, wenn er in der folgenden auch aus seinen libris Disputationum genommenen *L.* 19. *h. t.*

des bösen Vorsatzes von Horst; desgleichen ein Criminalfall zur Erläuterung der Lehre vom Beweise der bösen Absicht, von Ebendemselben, im neuen Archiv des Criminalrechts, herausgegeben von Kleinschrod, Konopak und Mittermaier 2. Band Nr. IX. Nr. XXI. u. Nr. XXXV. 3. S. 639 ff. Man kann damit noch Nr. XXVIII. Ueber den Begriff und die Merkmale des bösen Vorsatzes von Mittermaier, verbinden.

9) *L.* 2. §. 3. 4. *et* 6. *L.* 4. §. 4. *D. de doli mali et met. except. L.* 1. §. *ult. D. Depositi. L.* 36. *D. de Verbor. obligat.*

10) S. Neuber juriſt. Claſſiker. S. 33.

sagt: der Beklagte werde in Rücksicht der vorgeschützten Einreden wegen der zu übernehmenden Beweisführung als Kläger behandelt. Daher muß auch der Beklagte eben so, wie der Kläger bey der actio doli, den Dolus beweisen. In dieser Hinsicht lehrt Ulpian *libro LXXVI. ad Edictum* [11]) Docere igitur debet is, qui obiicit exceptionem, *dolo malo actoris factum*, nec sufficit ei, ostendere *in re* esse dolum.

Der letzte Abschnitt dieses Fragments enthält wieder einen Fall, wo der Kläger den Beweis übernehmen muß, nämlich wenn er mit der actio interrogatoria die rechtlichen Folgen einer interrogatio in iure facta für sich geltend zu machen sucht, und der Beklagte läugnet, daß er so geantwortet, oder geschwiegen habe, wie der Kläger behauptet. Es ist übrigens diese Stelle schon an einem andern Orte [12]) erläutert worden.

L. 19. Idem *libro septimo Disputationum.*

In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere: ipsumque [14]) exceptionem velut intentionem implere. utputa si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse.

11) *L. 2. §. 1. D. de doli mali et metus except.*

12) S. den 11. Th. dieses Commentars §. 745. S. 265.

13) Hal. oportet.

14) Hal. et ipsumque.

§. 1. Cum quis promisisset [15]) iudicio se sisti [16]), et reipublicae causa afuisse dicat [17]), et ob id non stetisse [18]): vel dolo malo adversarii factum, quominus sisteretur: vel valetudinem sibi impedimento fuisse, vel tempestatem: probare eum id oportet [19])

§. 2. Sed et si procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuiset adversario dare, vel fieri procuratorem: probare id oportet [20]) obicientem exceptionem

§. 3. Idem erit dicendum et si ea pecunia petatur, quae pensata dicitur [21]).

§. 4. Hoc amplius, si iudicatae rei, vel iurisiurandi condicio delata dicatur de eo, quod

15) Hal. u. Miräus promisit.

16) *Cod. Erl.* se iudicio sisti.

17) Hal. dicatur. Baud. abfuisse *se* dicat. *Jo. Conr.* Rücker Observation. Cap. IV. §. 2. pag. 128. bemerkt, daß das se auch in der florentiniſchen Handſchrift befindlich ſey, es ſey nur verſteckt in der letzten Sylbe des vorhergehenden Worts *afuisse* enthalten, welche durch Gemination zu leſen, und alſo ſo zu ſchreiben ſey afuisSE.

18) Lud. Miräus bemerkt in ſeiner Ausgabe, daß die Florent. Handſchrift *stetit* leſe.

19) Hal. u. Miräus probare *id* eum oportet.

20) *Cod. Erl.* oportere.

21) *Cod. Erl.* quae *soluta* vel *compensata* dicatur.

nunc [22]) petitur: sive in alea gestum esse contendatur: eum implere probationes oportet [23]).

Das Gesetz macht hier dem Beklagten den Beweis seiner Einreden zur Pflicht, und zwar aus dem Grunde, weil er in Ansehung der vorgeschützten Exceptionen eben so, wie ein Kläger, zu behandeln sey, welcher den Beweis seines factischen Klagegrundes übernehmen muß. In dieser Beziehung lehrt unser Ulpian an einem andern Orte, nämlich *libro IV. ad Edictum* [24]): *Agere* etiam is videtur, qui exceptione utitur: *nam reus in exceptione actor est.* Wenn Ulpian in unserm Fragment: ipsumque exceptionem, velut *intentionem*, implere, sagt; so bedeutet hier das Wort *intentio* soviel als actio [25]), und *implere* soviel als probare [26]). Die Einrede ist ja auch sogut, als die Klage,

22) Hal. tunc.

23) Die §§. Abtheilungen dieses Fragments sind auch in dem Cod. Erl. durch das in dieser Handschrift gewöhnliche Zeichen, abwechselnd roth und blau, unterschieden.

24) *L.* 1. *D. de probat.* S. Weber's Beyträge zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden. 1. St. S. 3. der 2. verb. Ausgabe.

25) Diese Bedeutung des Wortes *intentio* ist nicht ungewöhnlich. S. *L.* 6. *D. de praeser. verb. L.* 6. §. 3. *D. Si servit. vind. L.* 1. §. 2. *D. de pignor.* und allem Ansehen nach ist auch in der *L. un.* §. *ult. D. de remiss.* statt detentionem servitutis, richtiger intentionem zu lesen, id est, vindicationem servitutis, wie auch *Jo. van de* Water Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. dafürhält.

26) S. Brissonius de Verb. Signif. voc. implere, und Vicat Vocabular. iur. h. v.

eine Art der Rechtsverfolgung, und unterscheidet sich von der letztern blos darin, daß sie die Abweisung des Klägers, es sey ganz oder zum Theil, zum Zweck hat, und auch, als solche, nichts mehr, als diese, bewirken kann, dahingegen die Klage auf eine Verurtheilung des Beklagten gerichtet ist [27]). Die Basiliken [28]) haben unser Gesetz auf folgende Art in ihre Sprache übertragen: Ὁ ἐναγόμενος ἐν ταῖς παραγραφαῖς ἐνάγων ἐστὶ, καὶ ὑπόκειται ταῖς ἀποδείξεσιν. Der Brachylogus [29]) hingegen lehrt: Non solum autem, qui ab initio agit, probare debet: sed etiam reus, *si excipiat*, probare debet. *Reus enim in exceptione actor est.*

Ulpian hat nun die aufgestellte Regel durch eine Menge von Beyspielen erläutert. Er gedenkt zuerst der exceptio pacti conventi. Dieser bedient sich der Beklagte, wenn er behauptet, der Kläger habe ihm versprochen, daß er die Schuld nicht fordern, oder ihm eine gewisse Verbindlichkeit erlassen, oder eine gewisse Sache, z. B eine Erbschaft, oder Grundstück, oder Nießbrauch nicht verlangen wolle, weshalb er ihn gleichwohl belangt habe [30]). Diese Exception ist von zweyerley Art, entweder *pacti conventi perpetui*, wenn vermöge des Vertrags die Schuld gar nicht gefordert werden soll, oder

27) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 271. S. 593.

28) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 19. pag. 4. Eben so Harmenopulus in Promptuar. iur. Lib. I. Tit. 2. §. 9.

29) Lib. IV. cap. 14. § 3.

30) *L.* 17. §. 2. *sqq.* *L.* 18. *L.* 19. *L.* 21. §. 1. 2. *et* 5. *L.* 27. §. 2. *et* 3. §. 7. *et* 8. *D. de pactis.* *L.* 72. *pr. D. de contrah. emt.*

pacti conventi temporalis, wenn vermöge des Vertrags die Schuld nur binnen einer gewiſſen Zeit, z. B. binnen fünf Jahren, nicht gefordert werden ſoll [31]). Schützt nun der Beklagte dieſe Exception vor, und der Kläger läugnet, daß ein ſolcher Vertrag geſchloſſen worden ſey, ſo muß der Beklagte ſeine Einrede beweiſen. Denn der Beklagte bringt hier ein factum vor, wodurch er den Anſpruch des Klägers entweder auf immer, oder auf eine Zeitlang von ſich zu entfernen ſucht, und zwar ein ſolches factum, was rechtlich nicht vermuthet wird. Räumt der Kläger den Vertrag ein, ſetzt ihm aber die Replic des Betrugs entgegen [32]); ſo muß nach der vorhergehenden Geſetzſtelle der Kläger den Beweis übernehmen [33]).

31) *L.* 3. *D. de exceptionib.* Gaius *Lib. I. ad Edictum provinciale.* Exceptiones aut *perpetuae* et *peremtoriae* sunt, aut *temporales* et *dilatoriae*. *Perpetuae* atque *peremtoriae* sunt, quae semper locum habent, nec evitari possunt: qualis est doli mali, — item *pacti conventi perpetui*, id est, ne omnino pecunia petatur. *Temporales* atque *dilatoriae* sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt: qualis est *pacti conventi temporalis*, id est, ne forte intra quinquennium ageretur. S. Brissonius de Verb. iur. Significat. voc. *Exceptio* et voc. *Pactum.*

32) *L.* 7. §. 11. *D. de pactis.* wo *nocebit exceptio* ſoviel als nocebit replicatio iſt. S. *Basilica* Tom. I. pag. 722. *Jo. Bern.* Koehler Interpretation. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. cap. 5. §. 4. pag. 37. und *Ant.* Schulting Not. ad Dig. edit. et animadversion. auct. a *Nic.* Smallenburg. Lugd. Bat. 1804 Tom. I. pag. 336.

33) *L.* 18. §. 1. *D. h. t.*

Ulpian kommt hiernächst auf die Einreden, welche der Beklagte dem Kläger entgegensetzen konnte, wenn er, seiner geleisteten Caution gemäß, nicht vor Gericht erschienen war, und nun der Kläger mit der actio ex stipulatu gegen ihn auf die versprochene Geldstrafe, oder auf das Interesse klagte [34]). Hier konnte er dem Kläger entgegensetzen, er sey in öffentlichen Geschäften abwesend gewesen, und darum habe er nicht erscheinen können [35]); oder er sey durch Argliſt seines Gegners abgehalten worden, in welchem Fall sich der Beklagte mit der exceptio doli schützen konnte [36]), oder er sey durch Krankheit, oder durch Sturm und Ungewitter verhindert worden. Ulpian hat sich an einen andern Orte, nämlich *libro LXXIV. ad Edictum* [37]) über diese Exceptionen noch ausführlicher erklärt. Si quis, sagt er daselbst, municipalis muneris causa, sine suo dolo malo impeditus, in iudicio secundum suam promissionem non stetit, aequissimum est, tribui ei *exceptionem*. Simili modo et si ad testimonium desideratus, ad iudicium occurrere non potuit: erit ei subveniendum. Si quis iudicio se sisti promiserit: et *valetudine*, vel *tempestate*, vel *vi fluminis* prohibitus se sistere non possit: *exceptione* adiuvatur, nec immerito: cum enim in tali promissione praesentia opus sit, quemadmodum

34) S. den 3ten Th. dieſes Commentars §. 252.

35) *L.* 6. *D. Si quis cautionib.*

36) *L.* 1. §. 3. *D. De eo, per quem factum erit.* S. den 3. Th. dieſes Commentars §. 251.

37) *L.* 2. §. 1. 2. 3. *et* 6. *D. Si quis cautionib. in iud. sistendi causa fact. non obtemper.*

potuit se sistere, qui adversa valetudine impeditus est? et ideo etiam Lex duodecim Tabularum, *si iudex, vel alteruter ex litigatoribus morbo sontico impediatur*, iubet *diem iudicii esse diffisum* [38]). — Quod diximus, succurri etiam ei, qui tempestate, aut vi fluminis prohibitus non venit, *tempestatem* sic intelligere debemus, sive maritima sive terrestris sit: *tempestatem* intelligere debemus talem, *quae impedimento sit itineri, vel navigationi.* Da alle dieſe Exceptionen factiſche Umſtände zum Grunde haben, ſo muß freylich der Beklagte den Beweis derſelben übernehmen; doch kann zuweilen auch der Beweis dem Kläger ſelbſt zur Laſt fallen. Ulpian [39]) giebt nämlich hierbey noch Folgendes zu bedenken, welches dem Kläger zu einer Replic dienen kann. Si quis tamen, cum posset non incidere in tempestatem, vel in fluminis vim, si ante profectus esset, vel tempore opportuno navigasset, ipse se artaverit: num quid exceptio ei minime prosit [40])? quod quidem causa cognita erit statuendum: nam neque sic artandus sit, ut possit ei dici, cur non multo ante profectus est [41]), quam dies promissionis veniret? ne-

38) S. den 3. Th. dieſes Commentars §. 260. S. 526. der 2. Ausgabe.

39) *L.* 2. §. 8. *D. Si quis cautionib.*

40) Statt *ei minime* will *Guil.* Pauw Observation. iuris civ. Rom. (*Hagae Comit.* 1743. 8.) eo nomine leſen. Allein man hat nicht nöthig, hier etwas zu ändern, da Ulpian auch an andern Orten eben ſo ſpricht. S. *L.* 37. *D. de rei vindicat.*

41) Unſer Cod. Erl. und die meiſten Ausgaben, die ich verglichen habe, leſen *es* ſtatt est. So Gregor. Ha-

que iterum permittendum ei, si quid sit, quod ei imputetur, causari tempestatem, vel vim fluminis. Quid enim si quis, cum Romae esset ipso tempore promissionis sistendi, nulla necessitate urgente, voluptatis causa in municipium profectus sit? nonne indignus est, cui haec exceptio patrocinetur? Aut quid, si tempestas quidem in mari fuit, terra autem iste potuit venire, vel flumen circumire? aeque dicendum non semper ei exceptionem prodesse: nisi angustiae non patiebantur terra iter metiri, vel circumire. Cum tamen vel flumen sic abundasset, ut implesset omnem locum, in quo sisti oportuit: vel aliqua fortuita calamitas eundem locum evertit: vel praesentiam venienti periculosam fecit: ex bono et aequo et hic exceptio ei accommodanda est. Sucht alſo der Kläger durch einen oder den andern der hier angeführten Umſtände die Einrede des Beklagten zu vernichten, ſo muß er um ſo mehr den Beweis übernehmen, da auch die Replic, wie Ulpian [42]) ſagt, nichts anders, als eine Exception iſt, wodurch der Kläger die Einrede des Beklagten auszuſchließen ſucht.

Ulpian gedenkt ferner der procuratoria exceptio, deren ſich eine Parthey bedient, wenn ſie behauptet, ihr Gegner habe keinen Procurator beſtellen, oder nicht zum Procurator beſtellt werden können. Da jeder zum Pro-

Ioanber, Lud. Miräus. Paris 1552. Claud. Chevallonius, Paris 1527. 8. Wilh. Merlinus, Paris 1559. f. Sebaſt. Nivellius, Paris 1576. f. und Baudoza Ceſtius, Lion 1593. 4.

42) *L.* 2. §. 1. *D. de except.*

curator bestellt werden kann, den die Gesetze nicht ausschließen, so muß immer die Parthey, welche ihrem Gegner die exceptio procuratoria entgegensetzt, beweisen, daß er zu diesen Personen gehöre, welche die Gesetze ausschließen. Es findet hier wieder Anwendung, was schon ad *L. 5. pr. D. h. t.* gesagt worden ist. Der griechische Scholiast [43]) erklärt diese Stelle auf folgende Art: *Ὁ προκουρατωρείαν παραγραφὴν ἀντιτιθεὶς, βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσιν. οἷον ὡς ὅτουν τις ἔλεγεν μὴ ὀρθῶς διδόσθαι τὸν πρωκουράτωρα, ἢ ὅτι πούπιλλος ἦν ὁ δεδωκὼς, ἢ μαινόμενος, ἢ στρατιώτης ἦν ὁ δοθείς.* i. e. *Ei, qui procuratoria exceptione utitur, incumbit onus probandi: utputa, si quis dicat, non recte datum procuratorem, vel quod pupillus esset, qui dedit, vel furiosus, vel quod miles sit, qui datus est.*

Setzt ferner der Beklagte der wider ihn angestellten Schuldklage die Einrede der Compensation entgegen, dies ist hier pecunia, quae *pensata* dicitur; denn *pensare* für compensare ist nicht ungewöhnlich [44]); so muß er gleichfalls diese Einrede beweisen [45]). In den Basilicen [46]) heißt es: *ὁ λέγων καταβεβληκέναι*, qui *pecuniam solutam* dicit. Der Scholiast [47]) hingegen

43) S. Scholia Basilixῶν ad Tit. 1. libri XXII. Tom. III. pag. 38.

44) *L.* 33. *et* 39. *D. Soluto matrimon.* S. Brissonius h. v.

45) Eben so, wie die Einrede der Zahlung. *L. 1. C. h. t.* Die Glosse erklärt auch das *pensata* für soluta. *Claud.* Chevallonius lieset compensata.

46) Lib XXII. Tit. 1. Const. 19. §. 2. Tom. III. p. 4.

47) Scholia Basilixῶν Tom. III. pag. 38.

ſagt: τὸ αὐτό ἐστιν ὅτε ὁ ῥεος κομπενσατευθῆναι λέγει τὰ ἀπαιτούμενα χρήματα. *Idem est, et si reus pecuniam, quae petitur, pensatam dicat.*

Der exceptio rei iudicatae bedient ſich der Beklagte, wie Ulpian [48]) ſagt: quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur, quamvis non eadem, sed alia actione, de eadem tamen re agatur.

Wenn Ulpian in unſerm Fragment weiter ſagt: *vel iurisiurandi conditio delata dicatur de eo, quod nunc petitur*, ſo verſteht er hierunter die exceptio iurisiurandi, welche der Prätor dem Beklagten giebt, wenn er auf den Antrag des Klägers (conditione delata) auſſergerichtlich geſchworen hat, daß er ihm nichts ſchuldig ſey, und er dennoch als Schuldner belangt wird. Der Prätor ſagt nämlich in ſeinem Edict [49]): *Si is, cum quo agetur, conditione delata iuraverit, aut ei remissum fuerit iusiurandum, eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Von dieſer *exceptio iurisiurandi* iſt ſchon an einem andern Orte [50]) gehandelt worden.

Die letzten Worte: *sive in alea gestum esse contendatur*, erklären die Griechen von dem Falle, wenn

48) *L.* 3. *et* 5. *D. de except. rei iudicatae.*

49) *L.* 3. *L.* 5. §. 4. *L.* 6. *et L.* 7. *D. de iureiur.* S. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. Lib. XII. Tit. 2. §. Missa haec facio. Tom. II. *Opp.* pag. 279.

50) S. den 12. Th. dieſes Commentars §. 798 b. S. 244.

der Beklagte behauptet, das Geld, auf dessen Bezahlung geklagt wird, sey ihm vom Kläger zum Spiel vorgeliehen worden. In den Basiliken [51]) heißt es: ἢ εἰς κύβους δανεῖσαι τὸν ἐνάγοντα, i. e. pecuniam in aleam creditam esse ab actore. Es kann indessen auch der Fall darunter verstanden werden, von welchem Paulus *libro 71. ad Edictum* [52]) redet, nämlich, wenn der Verkäufer wegen der Entwährung belangt wird, und er schützt vor, er habe die Sache dem Käufer beym Spiele verkauft, um Geld zum Spiel zu erhalten.

L. 20. Julianus *Libro quadragesimo tertio* [53]) *Digestorum.*

Si quis liberum hominem vi rapuerit, in [54]) vinculis habuerit: is indignissime commodum possessoris consequeretur [55]). quia probari non poterit, hominem eo tempore, quo primum [56]) lis ordinaretur, in libertate fuisse.

51) Tom. III. pag. 4. und *Scholia* pag. 38.

52) *L. 2. §. 1. D. Quar. rer. actio non dat.* S. den 11. Th. dieses Commentars §. 758. S. 334.

53) Haloander lib. LXIII.

54) Cod. Erl. *et* in vinculis. So auch Chevallon, Merlin und Baudoza. *Inve* vinculis Haloander und Miräus.

55) Cod. Erl. *consequetur.* Eben so Haloander, Chevallon, Merlin und Baudoza.

56) *Primum* steht nicht im Cod. Erl.

Dieſes Fragment bezieht ſich wieder auf die causa liberalis, wie mehrere der ſchon oben erklärten, und erhält auch daraus ſeine Erläuterung. Es gehört nämlich bey den Präjudicial-Klagen, wodurch über den status eines Menſchen, ob er frey, oder Sklave, freygebohren oder freygelaſſen ſey, hauptſächlich und unmittelbar geſtritten wird, wie ſchon oben bemerkt worden iſt, zur ordinatio oder praeparatio litis, vor allen Dingen den Beſitzſtand auszumitteln, wenn es zweifelhaft war, wer von beyden Theilen die Rolle des Klägers oder des Beklagten zu übernehmen habe, weil davon der Beweis in der Hauptſache abhieng. Der Beſitzer genoß den Vortheil des Beſitzes, und konnte den Beweis von ſeinem Gegner erwarten. Allein der Beſitz durfte auch nicht durch Gewalt oder Argliſt erworben worden ſeyn [57]). War nun durch Regulirung des Beſitzſtandes lis präparirt, ſo konnte derjenige, über deſſen Freyheitsſtand ein Streit entſtanden war, jetzt wie ein freier Menſch gegen denjenigen ſein Recht verfolgen, welcher ſich für ſeinen Herrn ausgab, und auf ſolche Art Klagen ſichern, welche ſonſt durch den Tod oder Zeitablauf erloſchen ſeyn würden [58]). Sprach hingegen der Richter, derjenige, welcher ſich für einen freien Menſchen hielt, ſey zur Zeit des erhobenen Prozeßes nicht im Beſitz der Freyheit geweſen, oder er habe ſich auf eine widerrechtliche Art in den Beſitz der Freyheit geſetzt, ſo mußte er in der Hauptſache den Beweis übernehmen, daß er wirklich ein freier Menſch ſey [59]). Julian ſpricht nun von einem ſolchen Falle,

57) *L.* 10. *D. de liberali causa.*

58) *L.* 24. *pr D. eodem.*

59) *L.* 7. §. 5. *D. eodem. L.* 15. *C. h. t.*

wo derjenige, welcher den Freyheitsstand eines Menschen in Streit zog, denselben mit Gewalt weggekapert, und in Ketten gelegt hatte, um nicht die Rolle des Klägers und die Beweislast übernehmen zu dürfen. Käme es blos auf den gegenwärtigen Besitzstand an; so müßte dem letztern, der auf die Freyheit provocirte, der Beweis dieses Status aufgelegt werden, weil er sich zur Zeit des Prozesses nicht im Besitz desselben befand. Allein mit Recht sagt Julian, sey derjenige des Vortheils, welchen sonst der Besitz gewährt, höchst unwürdig, welcher denselben auf eine so widerrechtliche Art erworben hat. Der Räuber mag also beweisen, daß er Herr und jener sein Sklave sey [60]). Sehr richtig bemerkt hier Cujaz [61]), die letzteren Worte unsers Fragments: *quia probari non poterit, hominem eo tempore, quo primum lis ordinaretur, in libertate fuisse*, seyen ein bloßer Zweifels- und kein Entscheidungsgrund, und müßten daher mit den vorhergehenden Worten: *is indignissime commodum possessoris consequeretur*, in unzertrennter Verbindung gelesen werden. Der Sinn geht also dahin, es wäre unbillig, den Räuben mit dem Beweise, daß der Geraubte sein Sklave sey, darum zu verschonen, weil dieser nun nicht werde beweisen können, daß er zur Zeit des erhobenen Prozesses in der Freyheit gewesen sey. Diese Erklärung bestätigt auch Cyrillus in den Scholien der Basiliken [62]),

60) S. Duarenus Comm. ad h. Tit. Cap. 4. *Operum* pag. 940.

61) Commentar. in Lib. XLIII. Digestor. Salvii Iuliani ad h. L. *Operum* posthumor. a Fabroto editor. Tom. III. pag. 323.

62) *Basilica* Tom. III. pag 38.

welcher unſer Fragment auf folgende Art paraphraſirt. *Εάν τις ἐλεύθερον ἄνθρωπον ἁρπάσῃβία, ἢ καὶ ἀποδεσμῆται ἀυτὸν διὰβεβαιούμενος καὶ θέλων γενέσθαι νομεὺς, ἵνα μή βαρῆται ταῖς ἀποδείξεσιν, ἐπειδὴ βίᾳ τοῦτο ἐποιησεν, ἄξιος οὐκ ἔστι τοῦ χρισίμου τοῦ νομέως, λέγω δὴ τοῦ μὴ βαρεῖσθαι ταῖς αποδείξεσι, καὶ εἰκότως ὑπόκειται τῷ βάρει τῶν ἀποδείξεων.* i. e. *Si quis liberum hominem vi rapuerit, inve vinculis eum habuerit, adserens volensque possessionem consequi, ne imponatur ei probatio: quia vim fecit, indignus est commodo possessoris, qui probationem non praestat, et merito subiicitur oneri probationum.*

L. 21. Marcianus *Libro sexto Institutionum* [63]).

Verius esse existimo, ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere scisse alienam rem

63) Unter den größeren Werken des Marcian nehmen gewiß deſſelben Inſtitutionen, welche aus 16. Büchern beſtanden, den erſten Platz ein. Sie dienten auch den Verfaſſern der Inſtitutionen des Kaiſers Juſtinian, neben den Inſtitutionen des Cajus, zur Hauptquelle, aus welchen vieles entlehnt worden iſt, wie *Ger.* Oelrichs in Diss. de vita, studiis, honoribus, et scriptis Aelii Marciani. *Traj ad Rhen* 1754. aus einer Vergleichung derſelben mit Juſtinians Inſtitutionen Sect. II. Cap. 1 §. 2. erwieſen hat. Selbſt dieſe ganze Pandectenſtelle iſt wörtlich in dem §. 4. *I. de legatis* enthalten. Marcian fing dieſes Werk wahrſcheinlich noch beym Leben des Kaiſers Severus an,

vel obligatam legare defunctum [64]) non heredem probare oportere, ignorasse alienam [65]) vel obligatam. quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit [66]).

jedoch nachdem derselbe den Antonin schon zum Mitregenten angenommen hatte, er endigte es aber erst nach ihrem Tode unter dem Kaiser Alexander Severus. Denn in den ersten Büchern seiner Institutionen nennt er die Kaiser Severus und Antonin schlechthin ohne den Beysatz Divi, den er aber in den letzteren Büchern immer beyfügt. S. Oelrichs c. l. Die Fragmente, welche aus den 9. erstern Büchern der Institutionen des Marcian in den Pandecten noch übrig sind, hat Oelrichs cit. Diss. pag. 89—99. gesammlet, und in ihrer vormaligen Ordnung zusammengestellt; alle 16. Büchen aber hat Heineccius in Opuscul. posthum. pag. 588—599. restituirt.

64) Haloand. Miräus, Merlin und Baudoza lesen scisse *defunctum* alienam *se* rem vel obligatam legare. Claud. Chevallon, Hugo a Porta und Sebast. Nivellius aber: scisse defunctum alienam rem vel obligatam legare Allein der §. 4. *I. de legat.* bestärkt die florentinische Leseart in den Pandecten.

65) Miräus, Merlin und Baudoza ignorasse alienam *rem.* Allein das Wort *rem* steht auch in der Stelle der Institutionen nicht.

66) *Nic.* Catharinus Observation. et Conjecturar. Lib. II. cap. 3. in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag 778. hält die Worte: *qui agit* für corrupt, und will dafür, zu Folge der *L.* 2. *D. de probat.* qui *ait* lesen. Allein für die Richtigkeit der florentinischen Leseart bürgt nicht nur §. 4. *I. de legat.* sondern auch die Paraphrase

Marcian, welcher im ſechſten Buche ſeiner Inſtitutionen von Vermächtniſſen handelte [67]), entſcheidet hier die Frage, wem beym Vermächtniß einer fremden Sache der Beweis obliege, dem Legatar, der es fordert, oder dem Erben, der ihm die Sache verſchaffen ſoll? Es iſt hier vor allen Dingen zu bemerken, daß unter einer *res aliena* im eigentlichen Sinne eine ſolche Sache verſtanden wird, woran der Erblaſſer gar keinen Theil noch Recht hat, und welche daher auf keine Weiſe als ein Theil des Nachlaſſes des Teſtators zu betrachten iſt, ſondern einem Dritten gehört, der weder der Erbe noch der Legatar iſt [68]). Denn die aliena res wird in dem §. 4. *I. de legatis*, welche aus Marcian genommen iſt, von der res heredis genau unterſchieden. Es kommt auch bey der Sache des Erben, wenn ſie der Teſtirer einem Dritten vermacht hat, gar nicht darauf an, ob der Teſtator gewußt hat, daß die Sache dem Erben gehöre, oder ſie für die ſeinige gehalten hat, ſondern das Legat

des Theophilus, in welcher es heißt: ὁ γὰρ ληγατάριος ἀκτωρ ὢν εἰκότως βαρύνεται τῇ ἀποδείξει. i. e. *Legatarius enim, cum actor sit, probatione merito oneratur.* Die *Basilica* Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 21. pag. 4. beſtätigen ebenfalls die florentiniſche Leſeart, da heißt es: ἀεὶ γὰρ ὁ ἐνάγων βαρεῖται ταῖς ἀποδείξεσιν. i. e. *quia semper actori onus probandi incumbit.*

67) S. Oelrichs cit. Diss. pag. 92. und Heineccius Opuscul. postum. pag. 692.

68) S. *Dan.* Nettelbladt Diss. de legato rei alienae, quae est res tertii. *Halae* 1788.

ist ohne Unterschied gültig [69]). Denn da der Erbe mit dem Erblasser im rechtlichen Sinn für eine Person gehalten wird [70]), so sind desselben Sachen der Disposition des Erblassers eben so unterworfen, als ob sie seine eigne Sachen wären [71]). Justinian giebt dieses selbst nicht undeutlich zu erkennen, wenn er §. 4. *I. de legatis* sagt: Non solum autem *testatoris vel heredis res*, sed etiam *aliena* legari potest. Aus gleichen Grundsätzen ist das Legat zu beurtheilen, wodurch der Testirer die eigene Sache des Legatars einem Dritten vermacht, wenn er den Legatar dadurch nur nicht mehr beschwerte, als er ihn honorirt hat [72]). Denn da die Sache schon sein Eigenthum ist, so braucht er sie ja nicht erst anzuschaffen, um sie demjenigen auszuhändigen, dem sie vermacht worden ist, wie dieser Grund insonderheit bey der legirten Sache des Erben angeführt wird.

69) *L.* 67. §. 8. *D de legat II. L* 25 *Cod. de fideicommiss. Franc* Balduinus in Commentar. ad Institut. Lib. II. Tit. 20 § 4 p 325 (*Paris* 1554. f.)

70) *L.* 22. *D. de usurpat. et usucap. Nov XLVIII. in Praefat.* Altesserra Tr. de fictionibus iuris. cura *Eisenhart. Halae* 1769. 8 Cap 20 p. 57.

71) *Ferd Christoph* Harpprecht Diss. Suprema voluntas de bonis heredis. (in *Eius* Dissertation. academ. Vol. I. Nr. 38.) *Aug a* Leyser Meditat ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXX. de re heredis legata. und Westphal Darstellung der Rechte von Vermächtnissen u. Fideicommissen. §. 275.

72) §. 1. *I. de sing. rebus per fideicomm. relict. Car. Aug.* Gottschalk Diss. de legato rei alienae. *Dresdae* 1800. 4.

Wird nun eine fremde Sache legirt, die einem Dritten gehört, welcher nichts aus dem Teſtamente erhält; ſo iſt der Erbe verpflichtet, dieſelbe zu kaufen, und ſie dem Legatar zu überliefern, wenn auch die Anſchaffung derſelben mit Schwierigkeiten verbunden ſeyn ſollte [73]). Will ſie der Eigenthümer nicht verkaufen, denn Niemand kann ihn dazu zwingen [74]), oder fordert er einen ſo unmäßigen Preis, daß man ſie ihm dafür nicht abkaufen kann; ſo muß der Richter die Sache ſchätzen laſſen, und der Erbe entledigt ſich ſeiner Verbindlichkeit durch Bezahlung des Preiſes [75]). Nach dem ältern Rechte

73) *L.* 39. §. 7. *D. de legat. I.* §. 4 *I. de legat.*

74) *L.* 11. *L.* 13. *L.* 14. *Cod. de contrah. emt.* Daher ſagt auch Theophilus in Paraphr. graec. ad §. 4. I. de legat. ex edit. *Reitzii* T. I. pag. 439. *οὐχ ὥστε τὸν δεσπότην τῶν ἰδιῶν πραγμάτων στερεῖσθαι. ἀναγκάξεται γὰρ ὁ κληρονόμος προσιέναι τῷ δεσπότῃ, καὶ διαλέγεσθαι περὶ ἀγορασίας. καὶ εἰ μὲν ἔλοιτο ὁ δεσπότης πωλῆσαι, ἀγοράσας ὁ κληρονόμος δίδωσι τοῦτο τῷ ληγαταρίῳ· εἰ δὲ μὴ δυνηθῇ, τοῦ δεσπότου μὴ βουληθέντος, τὴν τοῦ πράγματος διατίμησιν παρέξει τῷ ληγαταρίῳ.* i. e. *non ut dominus suis rebus privetur; nam heres dominum adire cogitur, et de emtione cum eo loqui: et si quidem dominus vendere malit, heres illam emens dat legatario: si vero emere non possit, domino nolente, rei aestimationem legatario praestabit.* Hierauf geht auch nur das *Cap.* 5. *X. de testam.* S. Püttmanni Miscellan. ad ius pertinent. Specim. II. Obs. 6. Nettelbladt cit. Diss. §. 30. et 31. und Gottschalk cit. Diss. § 7.

75) *L.* 71. §. 3. *D. de legatis I. L.* 14. §. 2. *L.* 30. §. 6. *D. de legat. III.* Hat der Erbe die Sache zu theuer

konnte zwar eine solche fremde Sache nur per damnationem vermacht werden[76]; war sie indessen auch mit der Formel per vindicationem hinterlassen, so ward doch ein solches Legat schon vor Justinian, wenn es auch nach dem Civilrecht nicht galt, vermöge eines gewissen unter dem Kaiser Nero gemachten Senatusconsults eben so angesehen und bey Kräften erhalten, als wenn es *optimo iure*, d. i. per damnationem wäre hinterlassen worden[77]. Nach den Verordnungen des Kaisers Justinian[78] kommt aber auf den Unterschied der Formel bey den Vermächtnissen ohnehin nichts mehr an.

Soviel nun hiernächst die Gültigkeit eines solchen Vermächtnisses anbetrifft, so stand zwar derselben auf der einen Seite die Verordnung der zwölf Tafeln entgegen: *Uti legassit* SUAE REI, *ita ius esto*[79]: nach welcher man nur über seine eigne Sachen testiren konnte; andern Theils aber schien doch auch die Sorge der Rö-

gekauft, so hat er sich selbst durch seine eigne Schuld geschadet, und kann wegen eines daraus entstandenen Defects seines falcidischen Antheils den Legatarien nichts abziehen. *L.* 61. *D. ad Leg. Falcid.*

76) Ulpian. Fragm. Tit. 24. §. 7. und Cajus *Institut.* Lib. II. Tit. 5. §. 2. et 3. S. auch Oiselius ad Cajum not. 21. in *Ant.* Schulting *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 117.

77) Ulpian. *Fragm. Tit. XXIV.* §. 11. S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts. §. 277. Not. 2. der 5ten Aufl.

78) §. 2. *I. de legat. L.* 1. *Cod. Commun. de legat.*

79) *L.* 120. *D. de Verbor. Significat.*

mer für die Erhaltung letzter Willensverordnungen eine solche Auslegung zu erheischen, als sey es der Wille des Testirers, daß der Erbe die Sache von dem Eigenthümer kaufe, und sie dem Legatar gebe, oder wenn sie dem Eigenthümer nicht feil ist, den Werth, nach einer billigen Schätzung der Sache, statt derselben, bezahle [80]). Diese letztere Meinung erhielt auch die Oberhand. Daher sagt Ulpian *Lib. XXI. ad Sabinum* [81]). Constat, *etiam res alienas legari posse*, utique si parari possint: *etiamsi difficilis earum paratio sit.* Dieses hatte nun auch wohl in dem Falle keinen weitern Zweifel, wenn der Testirer eine fremde Sache wissentlich vermacht hatte. Allein darüber war man anfangs noch nicht im Reinen, wenn der Testirer die vermachte fremde Sache für die seinige gehalten hatte; ob auch dann eine gleiche Auslegung für die Gültigkeit desselben Statt finde? Es mochten wohl einige wegen der großen Begünstigung der Vermächtnisse diese Frage bejahet haben, wenn nur das Vermächtniß per damnationem war hinterlassen worden. Labeo schreibt wenigstens *libro II. Posteriorum a* Javoleno *epitomatorum* [82]) ganz allgemein: Si *aedes alienas* ut dares *damnatus* sis, neque eas ulla conditione emere possis: aestimare iudicem oportere, Atteius scribt, quanti aedes sint, ut pretio soluto, heres liberetur. Allein Neratius Priscus widersprach dieser Meinung, und be-

80) S. *Franc.* Hotomani Commentar. in IV. libros Institution. Lib. II. Tit. 20. §. 4. pag. 218. (*Lugduni* 1588. f.)

81) *L.* 39. §. 7. *D. de legat. II.*

82) *L.* 29. §. 6. *D. de legat. III.*

hauptete vielmehr, das Vermächtniß einer fremden Sache, welche der Teſtirer für die ſeinige gehalten, könne darum auf keine Weiſe gefordert werden, weil die Teſtirer geneigter ſeyen, ihre eigenen Sachen zu v rm chen, als ihre Erben damit zu beläſtigen, fremde Sachen anzuſchaffen. Dieſe Meinung des Neratius beſtätigte auch der Kaiſer Antoninus Pius durch ein Rescript, deſſen Juſtinian §. 4. *I. de legatis* namentlich gedenkt, und zwar aus dem Grunde, weil vielleicht der Teſtirer die Sache nicht vermacht haben würde, wenn er gewußt hätte, daß ſie eine fremde Sache ſey. Die Meinung des Neratius hingegen führt Papinian *libro XIX. Quaestionum* [83]) an, wo er ſagt: Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto, Titio legem: non est Neratii Prisci sententiae, nec *Constitutioni* locus, qua cavetur, non cogendum praestare legatum heredem. Nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit. *Sunt enim magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis, et onerandis heredibus faciliores voluntates:* quod in hac specie non evenit, cum dominium rei sit apud heredem. Papinian gedenkt hier auſſer der Meinung des Neratius Priscus noch einer Conſtitution, deren Urheber er jedoch nicht nennt. Es iſt aber wohl unſtreitig keine andere, als die des Kaiſers Antoninus Pius, deren Juſtinian gedenkt, wie auch Cujaz [84]) ganz richtig bemerkt hat. Da jedoch noch

83) *L.* 67. §. 8. *D. de legat. II.*

84) Commentar. in librum XIX. Quaestionum Papiniani ad h. L. (*Oper.* a *Fabroto* editor. Tom. I. p. 548.)

eine andere ähnliche Constitution vom Kaiser Alexander Severus [85]) vorhanden ist, so glaubrn einige Ausleger [86]), sowohl Justinian als Papinian hätten diese Constitution gemeint, weil auch dem Kaiser Alexander der Beyname Pius beygelegt worden sey, wie aus den Fastis und dem Lampridius [87]), den Biographen dieses Kaisers, erhelle, auch überdem eine solche Constitution vom Kaiser Antoninus Pius nirgends vorhanden sey. Allein diese Meinung widerlegt sich dadurch, daß die Constitution, welche Papinian erwähnt, schon vor dem Kaiser Alexander muß vorhanden gewesen seyn. Denn Papinian ward ja noch vor der Regierung des Alexanders unter dem Kaiser Caracalla, auf Befehl desselben, ermordet [88]). Wie konnte also Papinian einer Constitution gedenken, welche erst ganzer 17 Jahre nach seinem Tode erschien [89]). Eben so wenig läßt sich aber auch behaupten, daß der Kaiser Antoninus Pius jene Verordnung nach der Meinung des Neratius, welche derselbe in dem Consistorium dieses Kaisers vorgetragen, promulgirt habe [90]). Denn Neratius Priscus blühte

85) *L.* 10. *Cod. de legatis.*

86) *Franc.* Balduinus in Commentar. ad Institut. Lib. II. Tit. 20. § 4 ad verba: *Et ita Divus Pius rescripsit.* pag 323. und *Ian. a* Costa in Comm. ad §. 4. I. de legat pag. 295.

87) Vita *Alexandri Severi.* Cap. 4. et 7.

88) Spartianus in Caracalla. Cap. 4.

89) S. Gottschalk cit Diss. §. 9. pag. 14.

90) Cujacius cit. Commentar. in libr. XIX. Quaestion. Papiniani p. 548. und *Thom.* Papillonius ad fragm. Pomponii de origine iuris (Tom. II. *Thes. Meerman.* pag. 604.)

unter Trajan und Hadrian[91]). Daß er noch zur Zeit des Antoninus Pius gelebt habe, und in dessen Consistorium geheimer Rath gewesen sey, ist unerweislich. Die Stelle aus Papinian enthält auch schon selbst die Widerlegung dieser Meinung, da Papinian die Meinung des Neratius von der Constitution des Kaisers Antoninus Pius genau unterscheidet, und zwar soviel sagt, Antoninus Pius habe nach eben der Meinung rescribirt, welche schon Neratius Priscus vorhin behauptet hatte[92]); allein daß dieser Rechtsgelehrte auch in dem Consistorium des Kaisers Pius Beysitzer gewesen sey, erhellet aus dieser Stelle nicht.

Um also die Gültigkeit eines legati rei alienae zu beurtheilen, kommt es darauf an, ob der Verstorbene gewußt hat, daß die Sache eine fremde Sache sey, oder nicht. Nur in dem ersten Falle ist das Legat gültig, vorausgesetzt, daß die Sache im Verkehr sey, und also durch Kauf erhalten werden kann. In dem letztern Falle aber kann weder das Legat noch der Werth desselben gefordert werden. Justinian sagt §. 4. *I. de legatis*: Quod autem diximus, alienam rem legari posse, ita intelligendum est: *si defunctus sciebat, alienam rem esse, non si ignorabat.* Forsitan enim, si scis-

91) Spartianus in *Hadriano* cap. 4. et 18. *L.* 5. *D. Si a parente quis manumissus sit. L.* 7. §. 16. *D. Quibus ex caus. in possess. eatur.* S. *Christ. Gottl.* Richter Exercitat. de Neratio Prisco ICto. *Lipsiae* 1788. Cap. 2.

92) Ein anderes Beyspiel, wo der Kaiser Pius die Meinung des Neratius gebilliget hat, enthält die *L.* 7. *D. de condit. et demonstrat.*

set alienam, non legasset: et ita *Divus Pius* rescripsit. Eben das gilt nun auch von Fideicommiſſen, wie ſchon Paulus [93]) lehrt: Si alienam rem tanquam suam testator *per fideicommissum* reliquerit, non relicturus, si alienam scisset, *ut solet legatum, ita inutile erit fideicommissum.*

Hiernach iſt nun die Frage zu entſcheiden, wem der Beweis obliege, wenn darüber ein Zweifel entſteht, ob der Teſtirer gewußt habe, daß die legirte Sache eine fremde ſey, oder nicht? Man ſollte glauben, der Erbe müſſe den Beweis übernehmen, wenn er behauptet, das Legat ſey ungültig, weil der Teſtirer die Sache aus Irrthum für die ſeinige gehalten habe. Denn Irrthum und Ungültigkeit einer Handlung wird im Zweifel nicht vermuthet. Es iſt auch kaum zu glauben, daß der Teſtirer nicht ſollte zwiſchen ſeinen und fremden Sachen zu unterſcheiden gewußt haben. Vielleicht, daß aus dieſen Gründen, welche jetzt freylich nur als Zweifelsgründe angeführt zu werden pflegen [94]), manche der ältern Römiſchen Rechtsgelehrten auch wirklich dem Erben den Beweis, daß der Teſtirer unwiſſend eine fremde Sache vermacht habe, aufgelegt wiſſen wollten. Denn nicht ohne Grund ſagt Marcian: Verius *esse existimo*, ipsum, qui agit, id est, legatarium, probare oportere, *scisse alienam rem legare defunctum.* Marcian war alſo anderer Meinung, und glaubte, der Legatar müſſe beweiſen, daß der Verſtorbene gewußt habe, die legirte Sache ſey eine fremde. Dieſe Meinung iſt auch allerdings die richtigere.

93) *Sententiar. Receptar.* Lib. IV. Tit. 1. §. 8.

94) S. *Franc.* Hotomanus und *Franc.* Balduinus in Commentar. ad §. 4. I. de legatis.

Denn da von dieſer Wiſſenſchaft des Teſtirers die Gültigkeit des ganzen Vermächtniſſes abhängt, ſo gehört dieſelbe zum Grunde der Klage. Der Legatar muß alſo, als Kläger, dieſen Grund ſeiner Klage um ſo mehr beweiſen, als für den Erben die weit ſtärkere Vermuthung ſtreitet, daß die Teſtatoren immer leichter ihre eigenen Sachen zu vermachen pflegen, als daß man glauben ſollte, ſie hätten ihre Erben mit Vermächtniſſen fremder Sachen beläſtigen wollen, die ſie erſt, und oft nicht ohne große Schwierigkeit, anſchaffen müſſen. Hieraus erklärt ſich denn auch der vom Marcian angeführte Grund: *quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit*, welcher nichts anders ſeyn will, als daß immer der Kläger den Grund ſeiner Klage beweiſen müſſe [95]). Die Vermuthung, welche für den Erben ſtreitet, und ihn gewöhnlich des Beweiſes überhebt, wird jedoch zuweilen durch eine ſtärkere überwogen, welche entweder die Beweislaſt auf den Erben wälzt, oder gar keinen Gegenbeweis zuläßt. Der erſte Fall iſt, wenn die vermachte Sache ein Dritter beſitzt, und der Teſtirer bey ſeinem Leben nie Anſpruch darauf gemacht hat. Hier vermuthet man, der Teſtirer habe die Sache, als eine fremde Sache, dem Legatar zugedacht, wofern der Erbe nicht das Gegentheil beweißt [96]). Der andere Fall iſt, wenn die Sache einer ſolchen Perſon ver-

95) S. Gottschalk cit. Diss. §. 5. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproz. VI. 6. S. 174. f.

96) S. *Arn.* Vinnius Comm. ad Institut. Tit. de legatis. §. 4. *Greg.* Majansii Diss. de legato rei alienae. §. 12. (*Disputation. iur. civ.* Vol. I. Diss. XX. p. 353.) und Weſtphals Darſtellung der Rechte von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen §. 278.

macht worden ist, gegen welche der Testirer wegen naher Verwandtschaft, oder wegen ehelicher Verbindung, oder wegen besonderer freundschaftlicher Verhältnisse eine besondere Zuneigung hatte, so daß er sie ihr vermacht haben würde, wenn er auch gewußt hätte, daß die Sache eine fremde sey. So rescribirte der Kaiser Alexander Severus einer gewissen Ingenua [97]: Cum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens: tam ex legato, quam ex fideicommisso ab eo, qui legatum vel fideicommissum meruit, peti potest. Quodsi suam esse putavit: non aliter valet relictum, *nisi proximae personae, vel uxori, vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, et si scisset rem alienam esse.*

Eben so, wie bey einer fremden Sache, ist es in dem Falle, wenn die vermachte Sache einem Dritten verpfändet ist. Auch hier ist ein Unterschied, ob der Testator gewußt hat, die von ihm vermachte Sache sey verpfändet, oder nicht. In dem ersten Falle muß der Erbe die Sache einlösen, wofern der Testator nicht ein Anderes gewollt hat. So haben die Kaiser Sever und Antonin rescribirt [98]. In dem letzten Falle hingegen ist zwar das Legat nicht ungültig, und hierin unterscheidet sich das Legat einer res obligata vom Legat einer res aliena; allein der Legatar muß die Sache selbst einlösen, wenn er sie haben will. Das Vermächtniß ist, wenn es auch der Erbe nicht einzulösen schuldig ist, doch darum nicht ungültig, weil es ja, wie gewöhnlich bey Pfändern

97) *L.* 10. *Cod. de legat.* Gottschalk cit. Diss. §. 10.

98) §. 5. *I, de legatis.* S. Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 43. Not. 20. S. 427. f.

der Fall ist, mehr werth seyn kann, als die darauf haftende Pfandschuld beträgt. Daher kann auch in jenem ersten Falle der Testator verordnen, daß der Legatar die Sache selbst einlöse; dahingegen kein vernünftiger Testator wissentlich eine fremde Sache vermachen, und dabey erklären kann, daß der Erbe die Sache weder kaufe, noch den Werth derselben dem Legatar bezahle. Verlangt nun der Legatar, daß der Erbe das Pfand einlöse, so muß er, so wie beym Legat einer fremden Sache, beweisen, daß der Testator gewußt habe, die von ihm vermachte Sache sey verpfändet. *Legatarium* probare oportere, sagt Marcian, scisse alienam rem vel *obligatam* legare defunctum. Der Grund ist auch hier der nämliche, weil der Testator die Sache vielleicht nicht vermacht haben würde, wenn er gewußt hätte, daß sie einem Dritten verpfändet sey. So wie jedoch die besondere Zuneigung des Testirers gegen den Legatar, beym Vermächtniß einer fremden Sache, die Vermuthung begründet, der Testator werde demselben die Sache auf jeden Fall vermacht haben, wenn er auch gleich gewußt hätte, daß sie eine fremde Sache sey; so findet diese Ausnahme auch beym Vermächtniß einer verpfändeten Sache Statt, und der Erbe muß in diesem Falle das Pfand einlösen. So schreibt nicht nur Ulpian *libro XXXIII. ad Sabinum* [99]),

99) *L.* 57. *D. de legatis I.* Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta: si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit: si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc, vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam: *vel potest aliquid esse superfluum exsoluto aere alieno.* Diese letzteren Worte enthalten keine besondere Ausnahme, wie man insgemein he-

ſondern eben ſo reſcribirte auch Kaiſer Alexander an einen gewiſſen Milus [100]).

L. 22. Ulpianus *libro primo Responsorum.*

Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.

Aenderung des Willens wird bey einer an ſich gültigen Verfügung nicht vermuthet, ſondern muß jederzeit von dem bewieſen werden, der ſolche behauptet [1]). Dieſer

hauptet; ſ. Weſtphal von Vermächtniſſen u. Fideicommiſſen §. 288. Sammet Recept. Lection. ad *Jauchium.* Disputatio II. Cap. 19. pag. 158. und *Jo. Frid.* Gemnich Diss. de legato rei obligatae. *Regiomonti* 1808 4. ſondern gehen auf beyde angeführte Fälle, wo der Legatar die Sache einlöſen muß, entweder weil es der Teſtator ausdrücklich erklärt hat, oder weil er nicht gewußt hat, daß die von ihm vermachte Sache verpfändet ſey. Denn die Einlöſung, wenn auch der Erbe dazu nicht verbunden iſt, kann doch für den Legatar von Nutzen ſeyn, weil das Pfand gemeiniglich mehr werth iſt, als die Pfandſchuld beträgt. S. *Christ. Frid.* Mühlenbruch Observation. iuris Romani Specim. I. *Regiomonti* 1818. 8. Cap. II Nr. 4. pag. 46. sqq.

100) *L.* 6. *Cod. de fideicomm.* Praedia obligata per legatum, vel fideicommissum relicta, heres luere debet: maxime *cum testator conditionem eorum non ignoravit:* aut, *si scisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset.*

1) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. VI. S. 182. Nr. 9.

Satz findet besonders bey letzten Willensverordnungen seine Anwendung, wenn der Erbe dem Legatar entgegensetzt, der Testator habe seinen Willen geändert. Hier muß der Erbe den Beweis übernehmen [2]). Onus enim probandi mutatam esse defuncti voluntatem, sagt Celsus *libro* 21. *Digestorum*, ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat [3]). Eben diese Anwendung von seiner Regel macht Ulpian *libro II. Fideicommissor.* [4]) in dem Falle, wenn der Testator die vermachte Sache bey seinem Leben aus Noth veräusserte, und der Erbe behauptet, der Testator habe das Legat dadurch wieder aufheben wollen. Si rem suam, sagt er, testator legaverit, eamque *necessitate urgente* alienaverit: fideicommissum peti posse, nisi probetur, adimere ei testatorem voluisse. *Probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam.* Freywillige Veräusserung der vermachten Sache enthält freylich eine stillschweigende Willensänderung [5]), wenn gleich die veräusserte Sache nachher wieder in des Erblassers Eigenthum zurückkehrt. Klagt nun der Legatar, so kann ihm die exceptio doli mali mit Recht entgegengesetzt werden. Behauptet er, der Testator habe die Sache um seinet-

2) *Andr.* Alciatus de Praesumtionib. Lib. II. cap. 16. *Jac.* Cujacius in Commentar. in Libr. I. Responsor. Ulpiani ad L. 22. D. de probat. (*Oper.* a Fabroto editor. Tom. III. pag. 128.) und Pothier Pandect. Justinian. Tom. I. h. t. Nr. IX. pag. 635.

3) *L.* 22. *in fin. D. de legat. II.*

4) *L.* 11. §. 12. *D. de legat. III.*

5) Paulus *Sententiar. Receptar.* Lib. IV. Tit. 1. §. 9. *L.* 8. *pr. D. de legat. I.*

willen wieder an sich gebracht, so muß er den Beweis übernehmen. So lehrt Paulus *libro sing. de adsignatione libertorum* [6]): Cum servus legatus a testatore, et alienatus, rursus redemptus sit a testatore, non debetur legatario, opposita exceptione doli mali. *Sane si probet legatarius novam voluntatem testatoris, non submovebitur.*

L. 23. Marcianus *libro singulari ad formulam hypothecariam.*

Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut [7]) pignori hypothecaeve sit. Sed et si hoc probet actor, illud quoque [8]) implere [9]) debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore: aut cuius voluntate hypotheca data sit [10]).

Dieses Fragment handelt von dem Beweise, den der Kläger bey der hypothekarischen Klage zu führen hat. Diese Klage wird *formula hypothecaria* genennt, und sie ist es, von welcher Marcian in dem Buche handelte, aus welchem dieses Fragment genommen ist. Der

6) *L.* 15. *D de adimendis vel transferend. legatis.*

7) Chevallon, Merlin und Baudoza lesen, ut *res.*

8) *Cod. Erl.* lieset illud implere debet. Das *quoque* fehlt.

9) Haloand. und Miräus *probare* debet.

10) Hal. und Mir. aut *ad eum*, cuius voluntate hypotheca data *est.*

Kläger muß hier vor allen Dingen beweisen, daß ihm an der in Anspruch genommenen Sache ein Pfandrecht zustehe, wenn es von dem Besitzer derselben bestritten wird. Denn Zuständigkeit des Pfandrechts macht den Grund der actio hypothecaria aus. Wie ist nun aber dieser Beweis zu führen? Marcian nimmt hier den gewöhnlichen Fall an, da das Pfandrecht durch Vertrag entstanden ist. Da aber das Pfandrecht auch auf andere Art, und ohne den Willen des Schuldners entstehen kann, so ist überhaupt der Beweis auf die Art des Erwerbs zu richten. Allein dieser Beweis reicht an sich noch nicht immer zur Begründung der Klage hin. Der Kläger hat auch noch überdem zu beweisen, daß er durch das factum oppignorationis wirklich ein Pfandrecht erworben habe. Dazu gehört nun, wie Marcian hier lehrt, daß der Kläger auch beweise (dieß heißt hier illud quoque *implere* debet, wie dieser Ausdruck schon oben vorgekommen ist) dem Schuldner habe die verpfändete Sache, und zwar zur Zeit der Verpfändung, gehört, oder ist sie eine fremde Sache, so muß er darthun, daß die Verpfändung wenigstens mit Zustimmung des wahren Eigenthümers geschehen sey. Ob nun wohl Marcian diesen Beweis dem Gläubiger unbedingt aufzulegen scheint, so ist er doch, wie schon an einem andern Orte [11]) gezeigt worden ist, nur in dem Falle erforderlich, wenn die Klage gegen den dritten Besitzer angestellt wird, und das Pfand ein pignus speciale ist. Denn da in einer allgemeinen Verpfändung auch die bona futura begriffen sind; so ist es genug, wenn der Kläger nur beweist, daß der

11) S. den 18. Th. dieses Commentars §. 1085.

Schuldner in der Folge das Eigenthum der in Anſpruch genommenen Sache erworben habe [12]).

L. 24. Modestinus *Libro quarto* [13]) *Regularum.*

Si chirographum concellatum fuerit, licet praesumptione debitor liberatus esse videtur [14]), in eam tamen quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc [15]) deberi ostenderit [16]), recte debitor convenitur.

Modeſtin ſpricht hier von einer Vermuthung, welche aus einem durchſtrichenen Schuldſcheine für die Aufhebung der Schuld entſteht. Das Wort *chirographum* bezeichnet zwar im weiteſten Sinn jede Handſchrift [17]). Daher nennt auch Paulus [18]) die eigenhändige Unterſchrift der Zeugen bey einem ſchriftlichen Teſtament chirographum. Im engern Sinn verſteht man auch unter *chirographum* eine Urkunde, die Jemand in Beziehung auf eine Schuld ausgeſtellt hat, ſie enthalte nun entweder ein

12) *L.* 15. §. 1. *D. de pignorib.* S. Geſterding Lehre vom Pfandrecht. §. 44.

13) Haloand. und Mtraus libro III.

14) Chevallon und Baudoza videatur.

15) *Cod. Erl.* adhuc sibi.

16) Hal. und Mtr. ostendit.

17) *Can.* 2. *Dist. XXII.* und *Can.* 1. *Can.* 2. *Dist. XCVIII.*

18) *L.* 30. *D. Qui testam. fac. poss.*

Schuldbekenntniß, oder eine Quittung [19]). Allein hier wird das Wort *chirographum* in der eigentlichsten und engsten Bedeutung für ein Schuldbekenntniß genommen [20]), die Urkunde, worin es enthalten ist, mag übrigens eine öffentliche oder eine privat Urkunde seyn [21]).

Das Wort *cancellatum* bedeutet eben soviel als *inductum*, wie aus einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian [22]) erhellet, wo es heißt: *Inductum*, id est *cancellatum*, necne, sit chirographum, vestrum, solutionem semel debiti causa factam ei, qui exigendi potestatem habuit, probantium, nihil interest. Eigentlich heißt es zwar soviel als durchstreichen, in welcher Bedeutung auch das Wort *perductum* in den Gesetzen [23]) vorkommt; allein es kann auch so viel als deletum, getilgt, heißen, die Tilgung geschehe nun

19) *L.* 52. *pr. D. de act. emti et vend. L. ult. Cod. Si certum petat. L.* 4. *C. de collat. fundor. patrimonial.*

20) *L.* 41. *pr. D. ad Leg. Aquil. L.* 57. *pr. D. de admin. et peric. tutor. L.* 14 *et* 15. *Cod. de solut.*

21) *Wolfg. Ad.* Lauterbach Diss. de cancellatione eiusque in iure effectibus. *Tubing.* 1669. Cap. V. Th. 54.

22) *L.* 22. *Cod. de solut.* (VIII. 43.) Man vergleiche noch *L.* 2. *D. de his, quae in testamento delentur.*

23) Z. B. nomen perductum. *L.* 8. §. 3. *D. de bonor. possess. sec. tab.* welches Cujacius in Commentar. ad Tit. Pand. de his, quae in testam. delentur. L. 1. durch cancellatum erklärt.

auf welche Art ſie wolle. Daher vertauſcht Ulpian [24]) die Ausdrücke *inductum* und *deletum* willkührlich.

Um nun die Wirkungen einer ſolchen Tilgung näher zu beſtimmen, ſo laſſen ſich drey Fälle gedenken. Sie iſt nämlich entweder vom Gläubiger, oder vom Schuldner, oder von einem Dritten geſchehen. Hat der Gläubiger ſelbſt den Schuldſchein durchſtrichen, und eigenhändig darunter geſchrieben, daß die Schuld bezahlt, oder erlaſſen ſey, ſo bewirkt eine ſolche Cancellation einen vollkommenen Beweis gegen den Gläubiger, daß die Schuld aufgehoben ſey, vorausgeſetzt daß die Unterſchrift von dem Gläubiger ſey anerkannt worden [25]). Iſt hingegen die Cancellation der Handſchrift mit einer ſolchen eigenhändigen Unterzeichnung des Gläubigers nicht verſehen, ſo begründet wenigſtens die von dem Gläubiger ſelbſt geſchehene Tilgung des Schuldſcheins eine rechtliche Vermuthung für die Aufhebung der Schuld. Dieſe Vermuthung muß jedoch der Wahrheit weichen, wenn der Gläubiger beweiſt, daß die Schuld nicht bezahlt, ſondern die Caſſirung des Schuldſcheins von ihm blos aus Verſehen, oder in der Trunckenheit, oder ſonſt in einem Zuſtande der Geiſtesabweſenheit geſchehen ſey. So weit alſo die Schuld noch unbezahlt iſt, kann der Schuldner mit Recht belangt werden, wie auch

24) *L.* 1. *D. de his, quae in testam delent.* (XXVIII. 4.) Lauterbach cit. Diss. Cap. I. Th. 3. Daher ſagt auch der Scholiaſt der Baſiliken Tom. III. pag 40. ὅτι τὸ χιρωθὲν ἀντὶ ἀκυρωθέντος ἐδέξατο. i. e. *cancellatum chirographum ibi accipi pro vano et evacuato.*

25) *Cap.* 2. *X. de fide instrum. L.* 26. *in fin. D. depositi.*

Modestin hier ausdrücklich bemerkt. In dem zweyten und dritten Falle behauptet man gewöhnlich, daß dadurch keine Vermuthung für die Bezahlung oder Aufhebung der Schuld begründet werde, wenn nicht bewiesen werden kann, daß die Cancellation mit Einwilligung des Gläubigers geschehen sey [26]). Allein der Schuldschein befinde sich in dem Besitz des Gläubigers oder des Schuldners, so muß auch hier vermuthet werden, daß die Cassirung desselben mit Einwilligung des Gläubigers geschehen, und also die Schuld aufgehoben sey. Denn Marcian unterscheidet nicht. Da es nun gewöhnlich geschieht, daß wenn eine Schuld getilgt ist, der Schuldschein dem Schuldner entweder ganz, oder cassirt, zurückgegeben wird, eine unerlaubte Handlung aber von Seiten des Schuldners nicht vermuthet werden kann, so muß auch, wenn gleich der Schuldner den Schuldschein, welcher durchstrichen, oder durchschnitten, oder zerrissen ist, besitzt, auch hier die Vermuthung für die geschehene Tilgung der Schuld eintreten, so lange nicht das Gegentheil bewiesen ist [27]). In den Basiliken [28]) lautet übrigens unser Fragment folgendermassen: *Ἐὰν χιωθῇ τὸ γραμματεῖον, ὁ χρεώστης ἠλευθέρωται κατὰ πρόληψιν, εἰ μὴ δείξῃ ὁ δάνειστὴς ἔτι κεχρε-*

26) Mornacius ad L. 24. D. h. t. Brunnemann Commentar. in Pand. ad L. 24. h. t. und Lauterbach cit. Diss. de cancellatione. Cap. V, Th. 62. et 63.

27) *L.* 82. §. 3. *D. de furt.* *L.* 14. *Cod. de Solut.* *L.* 2. §. 1. *D. de pactis.* *Ger.* Noodt ad Edictum Praetoris de pactis et transact. Cap. 2. *Oper.* T. I. p. 486. und *Ant.* Schulting Iurisprud. vet. Antejustin. pag. 333, not. 75. et 76.

28) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 24.

ωστῆσθαι. i. e. *Si chirographum cancellatum fuerit, debitor praesumtione liberatus est, nisi creditor adhuc sibi deberi probaverit.*

L. 25. Paulus *libro tertio Quaestionum.*

Cum de indebito quaeritur, quis probare debet[29]) non fuisse debitum? res ita temperanda est: ut si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit; et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit: sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit[30]). per etenim absurdum est[31]), eum qui ab initio negavit pecuniam suscepisse[32]), postquam fuerit conviotus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas: praesumptionem videlicet pro eo esse qui accepit, nemo dubitat. qui enim solvit, numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet, et indebitas

29) *Chevallon.* debeat.

30) *Miraeus* acceperit.

31) *Cod. Erl.* etenim absurdum est. Eben ſo *Chevallon* u. *Baudoza.* Allein *Miraeus* per enim absurdum est.

32) *Chevallon*, *Nivellius* und *Baudoza* pecuniam accepisse.

effundat. et [33]) maxime si ipse [34]), qui indebitas dedisse [35]) dicit, homo diligens est, et studiosus paterfamilias: cuius personam incredibile est in aliquo [36]) facile errasse, et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum [37]). et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.

§. 1. Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agricultor, et forensium rerum expers, vel alias [38]) simplicitate gaudens, et desidia [39]) deditus: tunc enim, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas. et si non ostenderit, eas redhibere.

§. 2. Sed haec [40]) ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is qui dedit contendat. Sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniae solutae debita non est: vel quod ab initio quidem

33) *Cod. Erl.* hat das et nicht.

34) *Chevall.* is.

35) *Cheval.* dedisse se.

36) *Haloand.* und *Miraeus* in eo aliquo.

37) *Cod. Erl.* solutum esse. *Miraeus* solutum sit.

38) *Cod. Erl.* vel alia. Eben ſo *Baudoza.*

39) *Cod. Erl.* desidie deditus. *Cheval. Miraeus, Merlinus,* und *Baudoza* desidiae deditus.

40) *Cod. Erl.* hoc. Eben ſo *Chevallon,* und *Haloand.*

debitum fuit, sed vel dissoluto [41]) debito postea ignarus iterum solvit, vel exceptione tutus errore eius [42]) pecunias dependit: ipsum omnimodo [43]) hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit, vel iam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens proiecit pecuniam. secundum generalem regulam, quaEos [44]), qui opponendas esse exceptiones adfirmant, vel solvisse debita [45]) contendunt, haec ostendere exigit

§. 3. In omnibus autem visionibus [46]), quas praeposuimus [47]), licentia concedenda est ei, cui onus [48]) probationis incumbit, adversario suo de

41) *Cod. Erl.* soluto.

42) *Hal Mir. Merlin. Chevallon.* und *Baud.* eas.

43) *Baud.* omnino.

44) *Quae eos;* per geminat.

45) *Hal. Cheval. Miraeus*, und *Baud.* solvisse indebita.

46) *Hal.* decisionibus. *Chevallon* und *Merlin* iussionibus. *Ant.* Augustinus Emendat. et opinion. Lib. II. cap. 2. pag 58 (edit. *Basil.*) meint, es müſſe divisionibus i. e. distinctionibus geleſen werden, weil in andern Stellen der Pandecten, wo dieſes Wort vorkommt, als *L.* 25 § 15. *D. de hered. petit. L.* 8. §. 2. *D. ad SCt. Vellejan. L.* 29. §. 5. *D. Mandati.* in der florentiniſchen Handſchrift das *Di* beygefügt wäre. Allein man ſehe den 8. Th. dieſes Commentars §. 572. Not. 20.

47) *Hal. Mir. Chevall. Merlin* und *Baud.* quas proposuimus. Eben ſo *Cod. Erl.*

48) *Cod. Erl.* honus.

rei veritate iusiurandum inferre, prius ipso pro calumnia iurante. ut iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei [49]) servando.

§. 4. Sed haec [50]) ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem [51]) cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete [52]) loquitur: tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit. nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit. tunc enim stare eum oportet [53]) suae confessioni: nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese haec [54]) indebite promisisse.

Paulus handelte im dritten Buche seiner Quäſtionen von der condictio indebiti, wie aus *L.* 21. *L.* 60. *D. de cond. indeb.* und *L.* 84. *D. de Reg. iur.* erhellet, und vermuthlich endigte er dieſe Materie mit der Frage, welche in unſerm Fragment ſo ausführlich erörtert wird, und die Beweisführung bey der condictio indebiti betrifft. Darum trennten die Verfaſſer der Pandecten dieſen Abſchnitt von ihrem Orte,

49) *Hal.* und *Miraeus* eius.

50) *Cheval.* hoc.

51) Erſt mit dieſen Worten geht im *Cod. Erlang.* ein neuer §. an.

52) *Hal.* indistincte.

53) *Hal.* oportere.

54) *Cheval.* hoc.

und brachten ihn unter den Titul vom Beweiſe. Ob dieſes Fragment dem Paulus angehöre, iſt zwar unter den Auslegern ſtreitig. Cujaz[55]), Anton Faber und mehrere[56]) eignen das ganze Fragment dem Tribonian zu. Nur die erſteren Worte, in welchen die hier erörterte Frage aufgeworfen wird, ſollen des Paulus ſeyn. Man ſagt, die hier ſichtbare Weitſchweifigkeit ſehe nicht ähnlich der vom Paulus gewohnten präciſen Kürze. Auch ſoll die verdächtige Latinität einiger Phraſen, z. B. studiosus paterfamilias, ostendere, visiones, iuramentum, und die hin und wieder hervorſcheinenden Gräcismen den Geiſt des Tribonian verrathen. Johann Jens[57]) hingegen ſpricht zwar dem Paulus dieſes Fragment nicht ab, glaubt aber in demſelben einen beſonders wichtigen Beleg zur Begründung ſeiner Hypotheſe gefunden zu haben, daß wir den lateiniſchen Originaltext der Pandecten nicht mehr haben, ſondern blos eine ſchlechtgerathene lateiniſche Ueberſetzung von einer davon gemachten, aber auch verlohren gegangenen griechiſchen Verſion. Dieß zeige ſich nun beſonders in unſerm Fragment recht ſichtbar, wo der lateiniſche Interpret ſich der unverzeihlichen Nachläſſigkeit ſchuldig gemacht, daß er das ὥστε, welches die Griechen mit dem Infinitivus conſtruiren, zwar ganz richtig durch ut überſetzt, aber ſtatt des Subjunctivi, durchgehends den Infinitiv

55) Commentar. in libr. III. Quaeſtion. Pauli ad h. L. in *Oper. poſtum.* a Fabroto edit. Tom. II. p. 1020. ſq.

56) S. den 13. Th. dieſes Commentars §. 833. Not. 41. S. 113.

57) Stricturae ad Rom. iuris Pandect. et Cod. ad h. L. pag 168. ſqq. (*Lugd. Batav.* 1764.)

aus dem Griechiſchen beybehalten habe. Er ſubſtituirt daher folgende lectio emendata.

Cum de indebito quaeritur, quis probare *debeat*, non fuisse debitum, res ita temperanda est, *ut*, siquidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit, et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione *ipse*, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, *compellendus sit* ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit: per etenim absurdum est, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas *sibi* fuisse solutas, praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat: qui enim solvit, numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet, et indebitas effundat, et maxime si ipse, qui indebitas dedisse se dicit, homo diligens est, et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse: et ideo *is*, qui dicit, indebitas *se* solvisse, *compellendus sit* ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum *a se* solutum *sit*, et nisi hoc ostenderit, nullam *is* repetitionem *habeat*.

§. 1. Si autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agri-

cultor, et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, et *desidiae* deditus, tunc *is*, qui accepit pecunias, *ostendat*, *se* eas accepisse quidem, *sed* debitas *sibi* fuisse solutas, et, si non ostenderit, eas *redhibeat*.

§. 2. Sed haec ita; si totam summam indebitam fuisse solutam is, qui dedit, contendat. Sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniae solutae debita non est, vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito, postea ignarus iterum solvat, vel exceptione tutus, errore *suo* pecunias dependit, *ipse* omnimodo hoc *ostendat*, quod vel plus debito persolvit, vel iam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens *persolvit* pecuniam, secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones adfirmant, vel solvisse debita contendunt, haec ostendere exigit.

§. 3. In omnibus vero *speciebus*, quas *proposuimus*, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate iusiurandum *inferendi*, prius ipso de calumnia iurante; ut iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei servando.

§. 4. Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquatur, tunc *is*, in quem cautio exposita est, *compellatur* debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit; nisi ipse

specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eamdem conscripsit; tunc enim stare eum oportet suae confessioni; nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse.

Daß die Gründe, aus welchen man dieses Fragment dem Tribonian zueignen will, nicht hinreichend sind, solches dem Paulus abzusprechen, haben schon andere [58]) gezeigt. Die in dem Fragment angeführten Fälle mußten ja allerdings so genau von einander unterschieden werden, weil jeder derselben eine verschiedene Entscheidung erfordert, und dieß ist auch in einer so zweckmäßigen Kürze geschehen, daß Paulus in seiner Schreibart hier nicht zu verkennen ist. Prolixitatem stili accusant, sagt daher van Bynkershök [59]) ganz richtig, sed de variis, quae ibi tractantur, speciebus, nemo dixerit brevius, quam dixit *Paulus*. Eben so verweißt man die oben ausgehobenen Ausdrücke zur suspecta Latinitas mit Unrecht. Nicht nur Cicero [60]) verbindet die Ausdrücke valde studiosus ac diligens mit einander, sondern auch Plinius [61]) setzt studiosus und desidiosus einander entgegen; und warum sollte man denn nicht

58) S. *Ulr.* Huber Eunom. Roman. ad h. L. nostr. pag. 772—776. *Just.* Meier Ἐνδοξων Institinianeor. Decad. VII. Cap. 8. (adj. *Colleg. Argentorat.* T. III. pag. 1089. sqq.) und *Aug. Frid.* Müller *a* Berneck Exercitat. iur. civ. de probatione indebiti ad L. XXV. D. de probat. *Lipsiae* 1772.

59) Observation. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 26. §. 12.

60) *Academicor.* Lib. IV. cap. 31.

61) *Lib. III. Epist.* 5. *in fin.*

auch denjenigen, qui studet conservandae rei suae familiari, einen diligens et studiosus paterfamilias nennen können, mag auch den Griechen immerhin der Ausdruck σπουδαῖος angehören? Das Wort ostendere aber, für beweisen genommen, ist sowohl in den Pandecten [62]) als bey den Classikern [63]) so gewöhnlich, daß man ja alle diese Stelle für verfälscht halten müßte, wenn man an der Aechtheit dieses Worts zweifeln wollte. Gesetzt weiter, man wollte auch der florentinischen Lesearr bey den Worten *desidia* deditus den Vorzug geben, so haben ja schon Bynkershök [64]) und van Vryhov [65]) Beyspiele genug aufgestellt, wo der Ablativ statt des Dativs gebraucht worden ist, ja Perizonius [66]) hat sogar erwiesen, daß ehemals der Ablativ mit dem Dativ in allen Declinationen Eins gewesen sey. Auch das Wort *Visio*, welches hier soviel als species heißt, ist den Classikern nicht fremd. Es scheint von den Philosophen entlehnt zu seyn, welche die Vorstellung, die man sich in seiner Seele von einer Sache macht, visio nannten [67]). Besonders brauchten die Alten das Wort videre beym Disputiren, z. B. videbimus, an etc. wie Heineccius zu Bris-

62) Eine Menge Stellen führt Brissonius de Verbor. iur. Significat. voc. *Ostendere* nr. 2. an.

63) S. *Faber*, *Gesner*, *Scheller*.

64) Observat. iur. Rom. Lib. IV. cap. ult. §. Utilem. pag. 298. edit. *Heinecc.*

65) Observat. iur. civ. Cap. XV. pag. 72. sq.

66) Ad *Sanctii* Minervam Lib. I. cap. 6.

67) Z. B. Visio veri falsique bey Cicero *Academicor.* IV. 2. Concipere visiones. Quinctil. VI. 2. VIII. 3. XII. 10.

ſon [68]) aus mehreren Stellen der Alten erwieſen hat. Kein Wunder, daß die römiſchen Juriſten die beſondern Fälle und Rechtsfragen, welche ſie erörterten, *visiones* nannten, in welcher Bedeutung beſonders Ulpian [69]) dieſes Wort häufig gebraucht hat. Juſtinian gebraucht zwar auch das Wort visiones in ſeiner *Const.* 2. §. 14. *Cod. de vet. iure enucl.* und erklärt nachher in ſeiner griechiſchen Conſtitution Δεδωκεν, L. 3. §. 13. *Cod. eodem*, dieſes Wort durch Θεωριας; allein wer will deswegen behaupten, daß dieſes Wort dem Tribonian zuzueignen ſey? Ungewöhnlicher iſt nun freylich das in unſerm Fragment einmal vorkommende Wort *iuramentum*; dennoch läßt ſich nicht behaupten, daß es suspectae latinitatis ſey [70]). Denn auch Ulpian gebraucht dieſes Wort in einer Stelle der Pandekten, deren Leſeart keinem Zweifel unterworfen iſt. Es iſt die *L.* 34. §. 6. *D. de iureiurando.* wo es heißt: Si de qualitate *iuramenti* fuerit inter partes dubitatum, conceptio eius in arbitrio iudicantis est. Man pflegt zwar auch Stellen aus Claſſikern [71]) zu citiren, allein dieſe können hier darum

68) De Verb. iur. Signif. v. *Visio.* S. auch *Jo.* Wybo Tribonianus ab emblemat. Wissenbachii liberat. Cap. II. § 4.

69) S. die Note 46. und den 13. Th. dieſes Commentars §. 853. Not. 50.

70) S. *Ge. Casp.* Kirchmaier Opuscula de Latinitate Digestor. et Institut. D. Justin. collect. a *Ge. Sam.* Madihn. *Halae* 1772. 8. Nr. III. pag. 116.

71) Seneca *de Clementia.* Lib. II. cap. 1. nr. 3. wo aber, ſtatt *iuramentum faciant*, Gronov und Ruhkopf iurarent! leſen. Ferner, Ammian. Marcellinus lib. XXI. c. 5. wo das Wort *iuramentum* mit iusiurandum abwechſelt.

nicht füglich zum Beweiſe gebraucht werden, weil die Lesart nicht übereinſtimmend iſt. Ueberhaupt aber iſt es noch die Frage, ob nicht die Worte unſers Fragments: *ut iudex iuramenti fidem secutus ita sententiam possit formare*, für ein Gloſſem irgend eines ſpätern Interpreten zu halten ſind? Denn in den Baſiliken [72]) finden ſich dieſe Worte nicht, welche den Sinn des Paulus in ihrer Sprache ſo ausdrücken: *ἐν πᾶσι δὲ τούτοις ἐφεῖται ὅρκον ἐπάγειν, καὶ ὁ τῆς συκοφαντίας δίδοται, καὶ ἀντεπιφέρειν.* i. e. *In his autem omnibus licet iusiurandum deferre, iureiurando de calumnia praestito, et referre.* Auch der griechiſche Scholiaſt, Theodorus Hermopolites, der unſer Fragment ſo ausführlich und genau paraphraſirt hat, ohne das Geringſte wegzulaſſen, kennt jene Worte nicht [73]). Er paraphraſirt nämlich den §. 3. unſers Fragments folgendermaſſen: *Ἐπὶ πάντων τῶν δὲ εἰρημένων θεμάτων οὐ πάντως ὁ ἄκτωρ, ἀλλὰ καθόλου βαρυνόμενος ταῖς ἀποδείξεσιν ἔχει δίκαιον ὅρκου ἐπιφορᾶς, καὶ δύναται ὅρκον ἐπάγειν τῷ διαδίκῳ, πρότερον αὐτὸς τὸν περὶ καλουμνίας ὅρκον ἐκδιδούς. τοῦ δικαίου μέν τοι τῆς ἀντεπιφορᾶς τῷ διαδίκῳ φυλαττομένου.* i. e. *In omnibus autem supradictis casibus non utique actori, sed omnino ei, cui onus probationis incumbit, licet iusiurandum inferre, et potest iusiurandum adversario deferre: ita tamen ut ipse prius de calumnia iuret, iure referendi iurisiurandi ei servando* Eben ſo wenig findet man auch jene Worte in den Scholien des

72) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 25. pag. 5.

73) *Schol. Basilicor.* ad h. Tit. not. q. pag. 41 in fin.

Cyrillus[74]). Dieſer ſagt: πᾶς δὲ βαρούμενος ἀποδείξεσι, δύναται ἐπαγειν ὅρκον, διδοὺς τὸν περὶ καλουμνίας, ὑποκείμενος ἀντεπιφορᾶ. i. e. *Is autem, cui probationis onus incumbit, iusiurandum inferre potest dato de calumnia iureiurando, ita, ut iusiurandum ei referri possit.* Genau betrachtet, bemerkt man auch recht deutlich, daß die oben angeführten Worte, auch davon abgeſehen, daß ſie etwas beſagen, was ſich ohnehin verſteht, eingeſchoben worden ſind, und den Zuſammenhang ſichtbar unterbrechen. Der Anſtoß, den man endlich bey den Ausdrücken *indiscrete* und *confessio* hat finden wollen, welche im §. 4. vorkommen, hat vollends gar keinen Grund. Cautio, quae *indiscrete* loquitur, iſt hier eine ſolche, quae ita concepta est, ut ex ipsa cautione causa debendi discerni nequeat. Ein ſolcher Schuldſchein kann auf zweyerley Art gedacht werden. Erſtens wenn gar keine causa debendi ausgedruckt worden iſt; und zweytens wenn der Schuldſchein zwar eine causa debendi enthält, aber nur eine allgemeine, z. E. der Ausſteller bekennt, die in dem Schuldſchein ausgedruckte Summe aus einem Contract ſchuldig zu ſeyn, ohne den Contract ſelbſt zu benennen. Beyde Fälle begreift das Wort ἀσαφὲς unter ſich, welches in den Baſiliken[75]) gebraucht wird, und ſoviel als undeutlich, dunkel, und unbeſtimmt heißt. Die Wirkung iſt übrigens in dem einem Falle, wie in dem andern, die nämliche[76]).

74) S. *Basilica* Tom. III. pag. 42.

75) Lib. XXII. Tit. 1. Const. 25. T. III. pag. 5. in fin.

76) S. *Ge.* Engelbrecht Diss. de instrumentis indiscretis, *Helmst.* 1707. §. 8.

Hier fragt sich's nur, ob der Ausdruck *indiscrete* ächt Paulinisch oder Tribonianisch sey? Es ist gar kein hinreichender Grund vorhanden, das letztere anzunehmen. Denn das Wort *indiscrete* gebrauchen ja die Classiker [77]), und kommt auch in einer Verordnung des Kaisers Alexander vor [78]), unter welchem Paulus lebte. Cicero [79]) selbst braucht das Wort *discrete* in dem Sinn, daß es soviel als ordentlich, bestimmt, und mit der gehörigen Unterscheidung heißt; warum sollte denn nun das Wort *indiscrete* in der entgegengesetzten Bedeutung nicht ächt lateinisch seyn? Auch die Griechen brauchen ἀδιακρίτως in diesem Sinne. Das Wort *confessio*, man nehme es nun für cautio, Schuldschein, oder in der Bedeutung für Bekenntniß, ist vollends Ciceronianisch [80]).

Soviel hiernächst Jensens Hypothese betrifft, so bedarf sie keiner weitern Widerlegung, da sie schon längst von Andern ausführlich geprüft und widerlegt worden ist [81]). Gräcismen sind ja in den Fragmenten der Römischen Rechts-

77) Plinius *Hist. Nat.* Lib. XI. cap. 37. Spartianus *in Nigro.* cap. 3.

78) *L.* 5. *Cod. de Quaestion.*

79) *Invent.* Lib. I. c. 30. in fin.

80) Cicero Orat. *pro Sextio* prope fin. *ad Divers.* Lib. I. Epist. 17. Orat. *pro Cluentio* c. 53. *Corn. van* Bynkershoek Observat. iuris Rom. Lib. VII. cap. 16. §. Nunc videamus.

81) S. Bach's unpartheyische Critik über juristische Schriften 1. Band S. 165. ff. und 3. Band S. 500. ff. Vergl. auch *Christ. Henr.* Eckard Hermeneut. iuris Lib I. Cap. 3. §. 107. et ad Eundem Walch.

gelehrten [82]) so gewöhnlich, wie in den Schriften der Classiker [83]). Jens [84]) führt sogar selbst eine Menge von Beyspielen aus den Pandecten [85]) an, wo ut nach Art der Griechen mit dem Infinitiv construirt worden ist.

So wenig nun der Styl einen hinreichenden Grund giebt, unser Fragment dem Paulus abzusprechen, eben so wenig ist in der Materie desselben ein Grund zu finden, daß hier ein anderes Recht gelehrt werde, als zur Zeit des Paulus gegolten hat, um es, als ein Emblem, dem Tribonian zuzueignen [86]). Es kann indessen wohl seyn, daß im Betreff der Frage, welche Paulus hier entscheidet, nicht alle Rechtsgelehrten einerley Meinung gewesen sind. Daher die Genauigkeit, mit welcher er hier die einzelnen Fälle unterscheidet, und die Entscheidung eines jeden einzelnen mit besondern Gründen unterstützt. Da ich die hier durchgeführten einzelnen Fälle

82) *Herm.* Cannegieter Observation. iur. Rom. Lib. I. cap. 8. pag. 50. sq. und *Ge. D'* Arnaud Variar. Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 19. pag. 132. sqq.

83) Vechner Hellenolexic. Lib. I. cap. 24.

84) Siehe die seinen Stricturis vorausgeschickte *ampliata demonstratio, Rom. iur. Pandectas hodie latine exstantes, ex graeca versione traductos esse.* Art. XI. pag. 27. sq.

85) *L.* 4. *D. de pact. dotal. L.* 23. §. *ult. D de acquir. rer. dom. L.* 6. §. 7. *D. Quae in fraud. cred. L.* 3. §. 4. *D. iudicatum solvi. L.* 8. §. 2. *D de precar. L. ult. D. ad SCtum Turpill. L.* 22. *D. de iure patron.* u. a. m.

86) S. *Jos. Fern. de* Retes Opusculor. Lib. VIII. Cap. 21. (in *Ger.* Meerman *Thes. nov. iur. civ. et canon.* Tom. VI. pag. 405.)

ſchon an einem andern Orte [87]) ausführlicher erörtert habe, worauf ich mich der Kürze wegen beziehen will; ſo ſtelle ich hier blos das Reſultat dar. Die Regel, welche Paulus in dieſem Geſetz aufſtellt, iſt die, bey der Zurückforderung einer Nichtſchuld muß der Kläger den Beweis übernehmen, daß er die bezahlte Summe nicht ſchuldig geweſen ſey, weil er die Vermuthung gegen ſich hat. Denn bey einem gewöhnlich fleißigen und achtſamen Manne, welcher in dem, was er treibt, zu Hauſe iſt, kann man nicht leicht einen Irrthum annehmen [88]). Dieſe Regel leidet jedoch 1) eine Ausnahme, wenn der Beklagte ſich gleich Anfangs dadurch verdächtig gemacht hatte, daß er den Empfang der als Nichtſchuld zurückgeforderten Sache oder Summe läugnete. Hier braucht der Kläger weiter nichts als die Zahlung zu beweiſen. Hat er dieſe bewieſen, ſo liegt nun dem Beklagten ohne allen Unterſchied die Verbindlichkeit ob, zu beweiſen, daß ihm eine richtige Schuld bezahlt worden ſey. Kann er dieſen Beweis nicht führen, ſo wird er zur Er-

87) S. den 13. Th. dieſes Commentars §. 833. S. 112. — 119.

88) Die unrichtige Anſicht des *Jo.* Vollenhove in Diss. de suspectis tutoribus et curatoribus. (*Lugd. Bat.* 1732.) Cap. VI. §. 3. not. b. in *Ger.* Oelrichs *Thes. novo Dissertation. Belgicar. iurid.* Vol. I. Tom. I. pag. 227. von den Worten *diligens* et *studiosus* hat ſchon Haſſe in ſ. civiliſt. Abhandl. die Culpa des Röm. Rechts S. 125. Not. a. nach Würden gerügt. Der griechiſche Scholiaſt der Baſiliken Tom. III. pag. 41. ſagt: ἐν ᾧ ἀνὴρ ἐστὶν ἐπιμελὴς τε καὶ σπουδαῖος, ἀεὶ τὰ ἴδια διοικῶν. i. e. *si sit diligens et attentus paterfamilias, semperque sua negotia gerens.*

ſtattung des Empfangenen verurtheilt. Denn hier wäre es widerſinnig, dem Kläger die Laſt der Beweisführung aufzubürden, nachdem ſich der Empfänger durch Läugnen verdächtig gemacht hatte. Theodor ſagt in den Scholien der Baſiliken [89]): *Ὁ ἐνδέβιτον λαβὼν, εἰ μὲν περὶ αὐτὸ ἀρνεῖται τὴν καταβολὴν, καὶ λέγει τὴν ἀρχὴν μηδὲν εἰληφέναι τι παντελῶς, ἀποδεικνύοντος πρότερον τοῦ διαδίκου, ὅτι γέγονεν ἐπ' αὐτὸν ἡ καταβολὴ, ἀπόλλυσι τὴν ἐκ τῆς προλήψεως βοήθειαν. Qui indebitum accepit, si quidem neget ab initio se quidquam accepisse, et actor probaverit se pecuniam solvisse, reus amittit praesumtionem, quae pro illo faciebat.* Die Regel fällt 2) weg, wenn derjenige, welcher eine bezahlte Summe als Nichtſchuld zurückfordert, eine, ihrem Alter, oder Geſchlechte, oder Lebensart nach, der Rechte unkundige, und in den Geſchäften des bürgerlichen Lebens unerfahrne, oder einfältige, oder äußerſt nachläßige Perſon iſt. Eine ſolche Eigenſchaft des Klägers hebt jene Präſumtion auf, die ſonſt den Kläger bey der Zurückforderung einer Nichtſchuld der Beweislaſt unterwirft, und wälzt dieſe Laſt auf den Beklagten, der nun darthun muß, daß die bezahlte Schuld ihre Richtigkeit habe. Denn die Vermuthung, daß ſich ſolche Perſonen leicht irren können, welche der §. 1. characteriſirt, iſt ſtärker, als welche ſonſt für den Beklagten ſtreitet, daß er dasjenige, was er empfangen, mit Recht zu fordern gehabt habe [90]).

89) Tom. III. pag. 40. not. q.

90) S. *Hug.* Donellus ad h. Tit. de probat. Cap. 5. pag. 263. und *Just. Henn.* Boehmer Disp. de colliſione praesumtionum. *Halae* 1702. et rec. 1741. Cap. II. §. 14.

Dieſe Regel mit ihren Ausnahmen findet jedoch nur Statt, wenn der Kläger die ganze bezahlte Summe als Nichtſchuld zurückfordert. Denn behauptet er, er habe nur einen Theil der Summe indebite bezahlt; oder er ſey zwar Anfangs ſchuldig geweſen, aber die Schuld ſey ſchon getilgt, und er habe aus Vergeſſenheit zweymal dieſelbe Summe bezahlt; oder er ſey durch eine peremtoriſche Einrede gegen die Forderung des Gläubigers gedeckt geweſen, z. E. durch die exceptio pacti de non petendo, oder iurisiurandi praestiti, er habe aber, derſelben uneingedenk, doch bezahlt; ſo muß der Kläger ohne Unterſchied, er ſey, wer er wolle, den Beweis ſeiner Behauptung übernehmen. Denn die Vermuthung ſtreitet gegen ihn. Geſteht der Kläger, er ſey ſchuldig geweſen, und will aus Irrthum zweymal bezahlt haben, ſo muß er ja beweiſen, daß die Zahlung ſchon geſchehen ſey [91]); und eben dieſer Beweis liegt ihm ob, wenn er behauptet, daß er mehr bezahlt habe, als er ſchuldig geweſen. Noch weniger aber iſt es einigem Zweifel unterworfen, daß derjenige ſich der Verbindlichkeit zur Beweisführung nicht entziehen könne, welcher anführt, daß er Einreden hätte vorſchützen können, welche ihn gegen die Forderung des Gläubigers auf immer geſchützt haben würden. Denn Einreden müßen ja ſchon nach der allgemeinen Regel immer von dem bewieſen werden, der ſich derſelben bedient.

91) Es erhellet hieraus, daß die Leſeart: vel solvisse *debita* (ſtatt indebita) contendunt, in dem §. 2. unſers Fragments allerdings die richtigere ſey, welche auch der Scholiaſt in den Baſiliken Tom. III. pag. 41. beſtätigt, der dieſe Worte in ſeiner Sprache auf folgende Art ausgedruckt hat: ἢ φιλονεικοῦντα χρέος καταβαλεῖν.

Den Sinn dieſer Stelle haben die Baſiliken [92]) auf folgende Art ausgedruckt: *εἰ μέν τοι τις μὴ τὸ πᾶν λέγει καταβαλεῖν, μὴ χρεωστούμενον, ἀλλὰ μέρος, ἢ δεύτερον, ἢ παραγραφὴν ἐσχηκέναι, ἀυτὸς οἷος ἂν εἴη, δείκνυσιν ὅ φησιν.* i. e. *Sin autem quis non totam summam indebitam fuisse solutam dicat, sed vel partem, vel bis idem solvisse, vel exceptionem omisisse, ipse,* QUALISCUNQUE SIT, *quod dicit probat.* Dieß ſind die hier ins Kurze zuſammengeſtellten Grundſätze des Paulus über den Beweis einer indebite geſchehenen Zahlung.

Wenn nun aber Jemand einen bloßen Schuldſchein zurückfordert, und behauptet, er ſey indebite ausgeſtellt, ſo kommt es darauf an, ob darin ein beſtimmter Schuldgrund (causa debendi) angegeben worden iſt, oder nicht (cautio indiscreta). In dem letztern Falle muß der Gläubiger beweiſen, daß eine wahre Schuld vorhanden ſey. Kann er dieſen Beweis nicht führen, und der Ausſteller deſſelben läugnet die Schuld, ſo kann letzterer aus dieſem Schuldſchein nicht belangt werden. Denn die Schuld könnte ja durch eine geſetzwibrige Handlung entſtanden ſeyn [93]). Es wird alſo eine Nichtſchuld vermuthet, bis das Gegentheil von dem Inhaber des Schuldſcheins erwieſen worden iſt. In dem erſten Falle hingegen beweiſt der Schuldſchein ſo lang gegen den Ausſteller, bis er durch den evidenteſten Gegenbeweis dargethan hat, daß keine Schuldverbindlichkeit vorhanden ſey. Nach Paulus ſoll zwar dieſer Beweis durch ſchriftliche Urkunden geführt

92) Cit. loc. pag. 5. circa fin.

93) *L. 2. §. 3. D. de doli mali et met. exceptè.*

werden, allein nach einer neuern Verordnung des Kaiſers Juſtinian [94]) werden auch Zeugen zugelaſſen, wie ich ſchon an einem andern Orte [95]) bemerkt habe. Unrichtig aber iſt es, wenn der Scholiaſt in den Baſiliken [96]) auch hier die Eidesdelation für zuläßig halten will. Ἐγὼ δίμαι ſagt er, ὅτι ὥσπερ ἐπὶ τῶν ἄλλων ἐξ ἀπορίας τῶν ἀπαδείξεων ὅρκος δίδοται, οὕτως ὧδε ὀφείλει γίνεσθαι. *Ex mea sententia sicut in aliis ex inopia probationum iusiurandum datur, ita et hic fieri debet.* Dieſe Meinung muß auch keinen Beyfall gefunden haben. Denn Harmenopulus [97]) hat ſich genau an Paulus Lehre gehalten. Ἐαν τις λέγῃ μὴ χρεωστῶν ποιῆσαι γραμματεῖον, καὶ ἔστιν ἀσαφὲς, ὁ λαβὼν ἀποδείκνυσι χρεωστούμενον· εἰ δὲ ῥητῶς τὰς αἰτίας εἶποι δι' ἃς συνέγραψε τὸ χρέος, στοιχεῖν ἀναγκάζεται· εἰ μὴ προφανῶς δι' ἐγγράφων δείξει μὴ χρεωστῶν ὁμολογῆσαι. Ganz dem Römiſchen Rechte gemäß verordnet auch Pabſt Gregor IX. *Cap.* 14. *X. de fide instrumentor.* Si cautio, quam a te indebite proponis expositam, indeterminate loquatur: adversarius tuus tenetur ostendere debitum, quod continetur in ea. Sed si causam, propter quam huiusmodi scriptura processerit, expresseris in eadem; confessioni tuae statur: nisi probaveris, te id indebite promisisse. Es iſt jedoch hier in An-

94) *L.* 14. *Cod. de contrah. et comm. stip.*

95) S. den 13. Th. dieſes Commentars §. 833. S. 121. f.

96) *Basilica* Tom. III. pag. 43. Schol. X.

97) *Promptuar. iuris civ.* Lib. III. Tit. 5. nr. 74. pag. 249. in fin. et sq. ex edit. *Dionys. Gothofredi.*

sehung der wegen des Gegenbeweises zu gebrauchenden Beweismittel nichts vorgeschrieben [98]).

L. 26. Papinianus *Libro vicesimo Quaestionum.*

Procula [99]) magnae quantitatis fideicommissum a fratre sibi debitum, post mortem eius in ratione cum heredibus compensare [100]) vellet, ex diverso autem allegaretur, numquam id a fratre quamdiu vixit [1]) desideratum, cum variis ex causis saepe (in) rationem fratris pecunias [2]) ratio [3])

98) Bey einem Schuldbekenntniß, welches über den Empfang eines Darlehns, oder einer Brautgabe ist ausgestellt worden, würde ein solcher Gegenbeweis wohl erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist, binnen welcher die exceptio non numeratae pecuniae vorgeschützt werden kann, erforderlich seyn. S. *Just.* Meierr Εὐδοξων Iustinianeor. Decad. VII. Cap. 8. ad h. L. § 34 — 36.

99) Der ganze Zusammenhang lehrt, daß hier *cum* ergänzt werden müße. *Cod. Erlang.* lieset auch wirklich Procula *cum* magnae. etc. Eben so auch Haloander, Chevallon, Miräus, Merlin und Baudoza. *Corn. van* Bynkershoek Observat. iur. Rom. Lib. VII. cap. 8. §. *Transeo.* hält hingegen eine solche Ergänzung nicht für nöthig, wenn man entweder das *cum*, was schon da ist, geminirt, oder Statt compensare, *cum* pensare lieset.

100) Hal. pensare.

1) Hal. und Miräus vixisset.

2) Baudoza pecuniam.

3) Für ratio will Hoffmann in Meletemat. et Observat. ad Pand. Diss. XX. §. 3. *actor* lesen. So hieß bey

Proculae solvisset: Divus *Commodus* cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem. quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum.

Der griechische Scholiast in den Basiliken hat wohl nicht ganz Unrecht, wenn er seine Paraphrase mit den Worten schließt: σημείωσαι ἀντὶ θαυμαστόν ὄν. *Nota illud quod sit mirabile.* Die Procula hatte hier ein sehr ansehnliches Fideicommiß von ihrem Bruder zu fordern, mit dem sie in Rechnung stand, und auch mehrmals sich berechnet hatte. Als nach dessen Tode seine Erben auf die Bezahlung eines vielleicht noch beträchtlichen Rückstands drangen, so wollte die Procula das Fideicommiß in der Rechnung, aus welcher sie ihrem Bruder noch schuldig war, in Abrechnung bringen. Allein die Erben nahmen die Compensation darum nicht an, weil die Procula dieses Fideicommiß niemals bey Lebzeiten ihres Bruders verlangt habe, ohnerachtet sie ihm mehrere Zahlungen aus mancherley Ansprüchen geleistet hätte. Daraus wollten denn nun die Erben beweisen, sie habe das Fideicommiß ihrem verstorbenen Bruder erlassen, und könne es daher auch jetzt von dessen Erben nicht verlangen. Der Fall kam vor den Kaiser Commodus zur

den Römern der Sklave, der zur Führung der Hausrechnung bestellt war. Dieser nahm Zahlungen für Rechnung seiner Herrschaft an, und leistete Zahlungen. *L.* 12. *D. de lib. leg.* *L.* 4. §. 3. *D. de doli mali et met. except.* *L.* 94. §. 1. *D. de solut.* Allein ratio heißt hier Rechnungsführung, und ist für den Rechnungsführer gesetzt, so wie man im gemeinen Leben sagt, die Rentey, die Casse habe Zahlung geleistet.

Entscheidung, welcher die Compensation unter den vorkommenden Umständen darum nicht für zuläßig hielt, weil die Procula ihrem Bruder das Fideicommiß stillschweigend erlassen zu haben scheine. Die Gründe sind; 1) das Fideicommiß betraf eine bedeutende Summe. Es sey also nicht zu glauben, daß die Procula bey der gegenseitigen Abrechnung mit ihrem Bruder eine so große Summe mit Stillschweigen übergangen haben sollte, wenn sie nicht die Absicht gehabt hätte, solche zu erlassen. 2) Sie hat das Fideicommiß nie beym Leben ihres Bruders gefordert. Allein man könnte sagen, die Schwester habe vielleicht aus Schonung und Liebe gegen den Bruder die Auszahlung des Fideicommisses eben deswegen bey seinem Leben nicht verlangt, weil es sehr ansehnlich gewesen, um ihn mit Auszahlung desselben nicht zu belästigen. Es kam also noch 3) der Umstand hinzu, daß ihr Bruder selbst an sie zu fordern hatte. Hier hätte sie doch compensiren können; allein sie that es nicht. Hätte sie vielleicht das eine oder andere Mal vom Fideicommiß nichts in Abrechnung gebracht, so würde dieß noch nichts gegen sie beweisen. Denn sie konnte vielleicht eine Gelegenheit haben abwarten wollen, wo die Abrechnung ihrem Bruder weniger beschwerlich fallen würde. Aber sie hat 4) bey keiner Gelegenheit das Fideicommiß erwähnt, ohnerachtet sie sich mehrere Male mit ihrem Bruder berechnet, und ihm mehrere Zahlungen aus mancherley Contracten geleistet hatte. Diese Merkmale zusammengenommen schienen dem Kaiser die Vermuthung des Erlasses zu begründen. Aber es ist nicht aus der Acht zu lassen, daß es die Schwester war, welche mit ihrem Bruder in Abrechnung stand, und nicht compensirte. Ein solches Verhältniß der Schonung und Liebe, wie hier zwischen den Geschwistern, findet nicht

unter fremden Personen Statt, daß man mit Wahrscheinlichkeit die Absicht eines Schulderlasses annehmen könnte, wenn auch alle übrigen Gründe zusammentreffen sollten, wie auch Doneau [4]) sehr richtig bemerkt hat. Ja es wäre noch immer die Frage, ob nicht selbst jenes schwesterliche Verhältniß eine Gegenvermuthung begründen könnte, welche allen jenen Gründen das Gleichgewicht hielte, nämlich daß die Schwester zwar vielleicht aus Liebe gegen den Bruder die Auszahlung des Fideicommisses bey seinem Leben nicht verlangt, aber nun von dessen Erben fordere, gegen die sie nicht gleiche Zärtlichkeit fühlte. Dieser Grund der Gegenvermuthung, daß sie blos beym Leben ihres Bruders aus Schonung geschwiegen habe, wird sogar dadurch noch wahrscheinlicher, weil das Fideicommiß, wie Papinian sagt, sehr ansehnlich war, und nicht zu vermuthen ist, daß so eine große Summe durch bloßes Uebergehen mit Stillschweigen geschenkt worden sey. Mit Recht macht uns daher Cujaz [5]) darauf aufmerksam, es sey hier von keinem Beweise, sondern von einer Vermuthung die Rede, welche, wie jede andere Vermuthung, einen Gegenbeweis zulasse. Nam verbum *quasi* aut *videri*, sagt er, hoc titulo praesumtionem significat. Und ganz richtig bemerkt der griechische Scholiast in den Basiliken [6]), Nicäus: *καὶ λοιπὸν ἔνθα πρόσκειται*,

4) *Hug.* Donellus in Commentar. ad Tit. h. de probat. Cap. 5. pag. 270. sq. Man sehe auch *Hub.* Giphanii Lecturae altorphinae ad Tit. Dig. de donat. ad L. 34. h. tit. nr. 36. et 37. pag. 158.

5) Commentar. in libr. XX. Quaestionum Papiniani ad h. L. 26. de probat. *Oper.* a Fabroto editor. Tom. I. pag. 597.

6) Tom. III. Basilικῶν. pag. 46.

τὸ δοκεῖν, εἰ ζητεῖ δεῖξαι ὁ προλήψει λεγούμενος δωρήσασθαι, ὡς οὐ δωρούμενος παρεσιώπησεν τὸ οἰκεῖον χρέος, καὶ οὐ διὰ συγχώρησεν τοῦ οἰκείου χρέους παραδεχθήσεται. i. e. *Proinde cum additur,* VIDERI, *si is, qui praesumtione donasse dicitur, probare desideret, non donandi animo reticuisse debitum suum, neque ut illud remitteret, admittetur.* Mit Recht verwirft dagegen Ulrich Huber [7]) hier die Auctorität der Basiliken [8]), welche mit Hinweglaſſung der in unſerm Fragment angegebenen beſondern Umſtände, dieſe Stelle ganz verſtümmelt, und auf ſolche Art dargeſtellt haben, als ob ſie ganz allgemein zu verſtehen, und auf alle andern Perſonen anwendbar wäre. Sie haben nämlich unſer Fragment auf folgende Art in ihre Sprache aufgenommen. Ἐὰν χρεωστούμενος παράσου ληγάτον, καὶ διαφόρως ἀντιχρεωστήσας σοι καταβάλω μὴ ἀντελλογισάμενος, κατὰ χάριν αὐτὸ δοκῶ συγχωρειν. id est: *Si creditor tuus legati nomine factus ego, et tuus legati vicissim ex variis causis debitor factus, nulla usus compensatione solvero, in tui gratiam illud remisisse videor.* Und wenn gleich der griechiſche Scholiaſt den Fall ſelbſt aus dem lateiniſchen Text vollſtändig darſtellt, ſo iſt doch der Satz, ganz unrichtig, den er daraus ableitet, wenn er ſagt [9]): ὥστε σημείωσαι, ὅτι κἂν δανειστὴς καταβάλῃ τῷ ἰδίῳ χρεώστῃ τὸ χρέος, ὅπερ αὐτῷ ἐχρεώστει, δοκει συγχωρειν αὐτῷ τὸ χρεωστούμενον αὐτῷ παρ' αὐτοῦ. i. e. *Itaque nota, si*

7) Eunomia Rom. Lib. XXII. Pand. h. t. ad L. nostr. 26. de probat. §. 3. pag. 778.

8) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 26. pag. 6.

9) *Basilica* Tom. III. pag. 45. not. z.

creditor debitori suo id, quod ipse vicissim ei debebat, solverit, videtur remisisse hoc ipsum, quod illi ab isto debebatur. Wohl zu beherzigen iſt daher die Warnung, welche Huber hinzufügt: Tu vero σημειωσαι, quam non sit tutum Graecis ipsisque Basilicis *indiscretam* habere fidem [10]).

L. 27. Scaevola *Libro trigesimo tertio Digestorum.*

Qui testamentum faciebat, ei qui usque ad certum modum capere potuerat [11]), legavit licitam quantitatem, deinde ita locutus est. *Titio centum do lego, quae mihi pertulit* [12]). *quae ideo ei non cavi* [13]), *quod omnem fortunam* [14]) *et substantiam, si quam a matre susceperat, in sinu meo habui* [15]) *sine nulla cautione. Item eidem Titio reddi*

10) Man vergleiche noch, was ſchon an einem andern Orte, im 15. Th. dieſes Commentars §. 935. über die *L.* 26. *D. h. t.* geſagt worden iſt.

11) *Cod. Erl.* poterat. Eben ſo Haloander, Chevallon, Merlin und Bauboza.

12) *Pertulit* i. e. quae apud me esse sivit, nec a me repetiit. Budaeus Annotatt. prior. et posterior. in Pand. ad h. L. fol. 197. b.

13) *Cod. Erl.* quae ideo non cavi ei.

14) Haloand. und Mrgus omnes fortunas.

15) *In sinu meo habui* id est, in occulto et in potestate mea habui; Budaeus Annotat. cit. pag. 197. oder tacite custodivi et fovi. *Scip.* Gentilis Parergor.

et solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex reditibus praediorum eius, quorum ipse fructum [16]) *percepi, et distraxi: item de calendario* [17]) *si qua a matre receperat Titius, in rem meam converti.* quaero, an Titius ea exigere potest. respondit [18]), si Titius supra scripta ex ratione sua ad testatorem [19]) pervenisse probare potuerit, exigi [20]). videtur [21]) enim eo [22]) quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec [23]) in testamento adiecisse [24]).

ad Pand. Lib. I. cap. 23. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag 1296 sq.) Die Alten pflegten ihre Kostbarkeiten in ihrem Busen zu verbergen, und mit sich herumzutragen. *L. 6. D. de bonis damnator.* und Seneca *Lib. XXI. Epist.* 120. Daher sagt man metaphorisch in sinu suo habere, etwas in seiner Gewahrsam verbergen. Der griechische Scholiast Tom. III. *Basilicorum* pag. 47. not. a. sagt: εἰς τὰς ἐμὰς ἐπίστευσε χεῖρας, i. e. *in manus meas credidit.*

16) Chevallon fructus.

17) *Cod. Erl.* ex Kalendario. Was *Calendarium* heißt, ist schon bey einer andern Gelegenheit im 9. Th. §. 632. S. 178. erklärt worden.

18) Hal. respondi. Eben so Bauboza.

19) *Cod. Erl.* an testatorem suum.

20) *Exigi*, id est, exigi posse oder cum effectu s. recte exigi. S. Püttmann Opuscula iurid. ex Observationib. miscellan. Batav. coll. (*Halae* 1782.) p. 154.

21) Haloand. videri. Eben so Bauboza.

22) *Cod. Erl.* ex eo. Eben so Chevallon.

23) Hal. hoc.

24) *Cod. Erl.* adjecisse in testamento.

Scävola redet hier von einem solchen Falle, wo Jemand nur bis auf eine gewisse Summe im Testament bedacht werden konnte. Zu seinen Zeiten waren dieses vorzüglich Eheleute, welche in einer kinderlosen Ehe lebten. Diese konnten einander nur den zehnten Theil ihrer Güter im Testament hinterlassen, und von dem, was ihnen in dem Testament Anderer war hinterlassen worden, konnten sie nur die Hälfte erhalten. So verordnete die Lex Iulia et Papia Poppaea [25]), und es ist wohl viel wahrscheinlicher mit Gerhard Noodt [26]) und Ramos Del Manzano [27]) anzunehmen, Scävola habe dieses Gesetz im Sinne gehabt, als wenn man ihn mit Em. Merille [28]) von der Lex Cincia verstehen wollte. Ulpian läßt fast keinen Zweifel übrig, wenn er in einer Stelle, welche aus dessen *Libro VIII. ad Legem Iuliam et Papiam* genommen ist, sagt [29]): Quod condicionis implendae causa datur, licet non ex bonis mortui proficiscitur, capere tamen supra modum non poterit is, *cui certum modum ad ca-*

25) Ulpian. Tit. XV. et XVI. in Hugo *iur. civ. Antejust.* Tom. I. pag. 45. et 46. Sozomenus *Histor. Eccles.* Lib. I. cap. 9. S. *Guid.* Pancirolus Thesaur. variar. Lection. (*Lugd.* 1617.) Lib. II. cap. 230. (und *Io. Gottl* Heineccius Commentar. ad Leg. Juliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 14. und cap. 21. §. 3.

26) Commentar. ad Dig. h. t. §. Tertia. Tom. II. *Oper.* pag. 477.

27) Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. 34. (in *Ger.* Meerman. *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 504.)

28) Observation. Lib. VIII. cap. 21.

29) *L.* 36. *D. de mortis causa donation.*

piendum Lex *concessit.* Die lex Cincia galt zwar allerdings noch zu Scävola's Zeiten [30]); denn noch lange nach ihm schrieb ja Paulus seinen liber singularis ad legem Cinciam [31]). Allein dieses Gesetz ging die Person des Donatars gar nichts an, sondern betraf blos die Form; es sollten nämlich Schenkungen über eine gewiße Summe hinaus nur durch Mancipation, in iure cessio, oder Tradition Gültigkeit erlangen können [32]). Die lex Iulia und Papia hingegen schloß gewisse Personen von Erbschaften ganz aus, welchen man auch nichts vermachen noch von Todeswegen schenken konnte. Dieß waren die caelibes, welche nur von Verwandten erben konnten [33]). Andere konnten der Ehe wegen nicht das Ganze erhalten, was ihnen in Testamenten Anderer hinterlassen worden. Dieß waren kinderlose Ehegatten, (orbi) bey welchen aber auch die Verwandtschaft bis zum sechsten Grade eine Ausnahme machte [34]). Diese wurden also 1) darin milder behandelt, als die Eheloſen, daß ein gewisses Alter vorgeschrieben war, nach welchem erst die Folge der Orbität eintreten sollte, nämlich wenn der Ehemann das 25ste, die Frau aber das 20ste Jahr

30) S. *Frid.* Brummer Comment. ad Legem Cinciam Cap. XII. nr. 14. in *Opusc.* pag. 191.

31) Daraus ist *L.* 29. *D. de Legib.* genommen, wie die Inscription beweist.

32) S. von Sadigny über die lex Cincia, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissensch. 4. Band S. 17. ff.

33) S. Pancirolus c. l. pag. 405. und Heineccius c. l. Lib. II. cap. 21. §. 2. pag. 340. sqq.

34) Heineccius c. l. §. 3. pag. 343. sqq.

bereits überschritten hatte; und dann konnten sie 2) doch wenigstens die Hälfte von dem erhalten, was ihnen in Anderer Testamenten war hinterlassen worden, ob sie gleich einander mehr nicht als den zehnten Theil auf den Todes-Fall zuwenden konnten [35]). Was solchen Personen darüber hinaus war hinterlassen worden, nahm der Fiskus weg [36]). Es gab indessen zwey Wege, dieser Confiscation auszuweichen. Erstens, wenn die Formel war gebraucht worden: *Quantum plurimum per Legem accipere potest, dari volo*, oder *Quam maximam partem possum, damnas esto heres meus ei dare* [37]). Zweytens, wenn der orbus das, was ihm hinterlassen worden, einem Andern wieder abtreten sollte [38]). Da

35) Ulpian. *Fragm.* Tit. XVI. welcher jedoch mehrere Ausnahmen anführt. Der decima gedenkt auch unser Scävola selbst *L.* 18. *pr. D. de auro, arg. mundo leg.* Daß aber die Frau noch mehr, als die decima, in dem Falle erhalten konnte, von welchem Scävola daselbst spricht, hatte unstreitig in einer von diesen Ausnahmen seinen Grund. S. *Marc. Vertran.* Maurus de iure liberorum. Cap. IV. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag 979.)

36) Ulpian. Fragm. Tit. XVII.

37) *L.* 51. *pr. D. de legat. II.* S. Heineccius cit. Comment. Lib. II. cap 21. §. 3. pag. 344.

38) *L.* 42. *D. de legat. II.* Javolenus *libro XI. Epistolarum:* Cum ei, *qui partem capiebat*, legatum esset, ut alii restitueret: placuit solidum capere posse. — *L.* 28. *D. de legat. III.* Paulus *libro sing. ad SCtum Tertull.* Si fidei meae committatur. ut quod mihi relictum fuerit *supra quod capere possum*, alii restituam: posse me id capere constat. Heineccius c. l. Lib. II. cap. 14. §. 2. pag. 262.

der Kaiser Constantin der Große das dem Cälibate und der Orbität so gehäßige Gesetz gänzlich aufgehoben hat [39]); so fällt zwar jetzt alle Beziehung unsers Fragments auf die Lex Iulia et Papia weg. Es verliert indessen seine Anwendbarkeit nicht, wenn irgend noch ein neueres Gesetz die Erbfähigkeit einer Person nur auf einen gewissen Theil oder Summe beschränken sollte. Cu-

39) *L.* 1. *Cod. Theod. de infirmandis poenis caelibatus et orbitatis* (VIII. 16.) in Hugo *iur. civ. antejust.* Tom. I. pag. 623. sq.) Gleichen Inhalts ist zwar die *L.* 1. *Cod. Iust. de infirmand. poenis caelibatus, orbitatis, et de decimariis sublatis;* allein verschieden ist die Inscription und Subscription. Die Verordnung im Theodosianischen Codex hat die Inscription: *Imp. Constantinus A. ad populum*, und ist datirt: *Pridie Kal. Febr. Serdicae PP. Kal. April. Romae Constantino A. VI. et Constantio Conss.* [320.] die Constitution im Justinian. Codex hat die Inscription *Imppp. Constantinus, Constantius* et *Constans AAA. ad populum*, und folgende Subscription: *Dat. Kal. April. Romae Constantio* 2. *et Constante AA. Coss.* also im Jahr Christi 339. Daß Kr. Constantin der Große der Urheber jener Constitution im Theodosianischen Codex sey, lassen die Zeugnisse eines Eusebius *in vita Constantini M.* Lib. IV. cap. 26. und Sozomenus *in Hist. Eccles.* Lib. I. cap. 9. nicht bezweifeln. Es ist aber auch nicht zu glauben, daß Tribonian die Inscription und Subscription der Constitution verfälscht haben sollte. Wahrscheinlich ist es daher, was Heineccius in Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Lib. II. cap. 21. §. 4. pag. 345. behauptet, daß Constantins Söhne das Gesetz erneuert haben.

ja[40]) führt das Beyſpiel von einem natürlichen Kinde an. Hodie autem, ſagt er, *filius naturalis* non potest solidum capere ex testamento patris, sed tantum unciam, si scilicet extant legitimi liberi. Eben dieſes Beyſpiels bediente ſich auch ſchon vor ihm der griechiſche Scholiaſt[41]). Τελευτῶν τις κατέλιπε φανερὰν χρυσίου ποσότητά τινι, ἧς ὑπὲρ τὸ μέτρον λαβεῖν οὐκ ἠδυνάτο. Δὲς γὰρ ἀυτὸν ὄντα νόθον υἱον τοῦ τεστατωρος. i. e. *Quidam decedens certam auri quantitatem cuidam reliquerat, supra quam capere non poterat: finge eum testatoris filium naturalem esse.*

Scävola trägt nun folgenden Fall vor. Es hatte Jemand ein Teſtament gemacht, und darin einer Perſon, der er nicht ſein ganzes Vermögen hinterlaſſen konnte, ſoviel vermacht, als das Geſetz ihr zu vermachen erlaubte. Dieß nennt hier Scävola *legare licitam quantitatem;* und den Legatar ſelbſt bezeichnet er ſo: *qui usque ad certum modum capere potuerat.* Das Wort *capere* druckt aber nicht nur jede Art der Erwerbung auf den Todesfall aus[42]), ſondern ſchließt auch den Effect in ſich, daß der Empfänger dasjenige, was ihm auf den Todesfall iſt zugewendet worden, behalten ſolle. Soll er es wieder an einen Andern reſtituiren, ſo heißt das nicht

40) Recitation. solemn. ad diversos Titulos Pandectar. in Comm. ad L. 27. D. h. t. (*Oper. postumor.* a Fabroto *editor.* Tom. IV. P. I. pag. 922. sqq.)

41) *Basilica* Tom. III. pag. 47. Schol. a.

42) S. Brissonius de Verbor. iuris Signif. voc. capere und Heineccius in Comm. cit. Lib. II. cap. 14. §. 2. pag. 261. sq.

capere, ſondern *accipere*, wie uns Ulpian[43]) lehrt, und dann unterlag auch ein ſolches Legat nicht mehr dem geſetzlichen Verbote, es mochte ſo beträchtlich ſeyn, als es wollte[44]). Was außer der erlaubten Summe einer ſolchen Perſon als eine ihr gebührende Schuld war vermacht worden, z. B. als ein Depoſitum, Anlehn, oder verdienter Lohn, kam gleichfalls nicht in Berechnung[45]).

In dem Falle, den Scävola erzählt, hatte nun der Teſtator noch Folgendes beygefügt: dem Titius vermache ich auch diejenigen 100. die er mir anvertrauet hat[46]) und worüber ich ihm darum keinen beſondern Schuldſchein ausgeſtellt habe, weil ich ſein ganzes mütterliches Vermögen zu verwahren, und zwar ſolches ohne alle Sicherheitsleiſtung bey mir gehabt habe. Ferner will ich auch, daß demſelben Titius aus meinem Vermögen wiedergegeben und bezahlt werden ſollen, diejenigen 150. welche ich aus dem Er-

43) *L.* 71. *princ. D. de Verb. Signif.* Aliud est CAPERE, aliud ACCIPERE. *Capere* cum effectu accipitur: *accipere*, etsi quis non accepit, ut habeat ideoque non videtur quis *capere*, quod erit restituturus: sicut *pervenisse* proprie illud dicitur, quod est remansurum.

44) Man ſehe die in der Not. 38. citirten Geſetzſtellen.

45) *L* 37. §. 6. *D. de legat. III.* HEINECCIUS in Comm. cit. pag. 262. und Weſtphal's Darſtellung der Rechte von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen §. 42.

46) Der Scholiaſt der Baſiliken Tom. III. pag. 47. erklärt die Worte: *quae mihi pertulit* ſo: ἃ τινά μοι ἔδωκε, καὶ ἐπίστευσεν. i. e. *quos mihi dedit, fideique meae commisit.*

trage seiner Grundstücke, von denen ich die Früchte gezogen und veräußert habe, desgleichen von den Kapitalien, welche dem Titius von seiner Mutter zugekommen waren, in meinen Nutzen verwendet habe.

Es entstand nun die Frage, ob Titius das alles, was ihm, ausser der licita quantitas, war vermacht worden, fordern könne? Hat die Schuld, zu welcher sich hier der Testator bekannt hat, ihre Richtigkeit; so ist wohl das Forderungsrecht des Titius keinem Zweifel unterworfen. Allein das bloße Bekenntniß des Testators beweist die Richtigkeit der Schuld noch nicht, sondern Titius muß auf andere Art beweisen, daß der Testator wirklich das alles aus seinem Vermögen gezogen und erhalten habe, was er in seinem Testament angegeben hat. Das bloße Bekenntniß des Testators beweist hier darum nichts, weil man vermuthet, es werde zur Hintergehung des Gesetzes geschehen seyn, um dem Legatar auf solche Art mehr zuzuwenden, als ihm vermacht werden durfte [47]). Einen ähnlichen Fall hat unser Scävola *libro XVIII. Digestorum* [48]) angeführt. Titia, sagt er daselbst, honestissima femina, cum negotiis suis opera Callimachi semper uteretur, qui ex testamento capere non poterat, testamento facto manu sua ita cavit: *Τίτια διεθέμην, καὶ βούλομαι δοθῆναι Καλλιμάχῳ μισθοῦ χάριν δηνάρια μύρια.* (*Titia constitui darique volo Callimacho mercedis loco decem millia denarium.*) Quaero an haec pecunia ex causa mer-

47) S. *Franc.* Duarenus ad h. Tit. Cap. 3. *Operum* pag. 937.

48) *L.* 37. §. 6. *D. de legat. III.*

cedis ab heredibus Titiae exigi possit? Respondi, non idcirco, quod scriptum est, exigi posse in fraudem legis relictum. Es iſt nur hier von einer ſolchen Perſon die Rede, welche aus eines Andern Teſtamente gar nichts erhalten konnte. Es war vielleicht ein caelebs. Ihm wird nun zwar die Forderung nicht abgeſprochen, wenn er den ihm vermachten Lohn wirklich verdient hat. Er kann ihn nur nicht aus dem Teſtamente fordern, weil man das Legat unter den vorliegenden Umſtänden als ein ſolches anſieht, was in fraudem legis hinterlaſſen worden iſt. Er muß alſo die Richtigkeit ſeiner Forderung auf andere Art beweiſen.

L. 28. Labeo *Libro septimo* [49]) *Pithanon a Paulo epitomatorum.*

Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria exstet, hoc ei quaerendum est: an aliquis meminerit id opus factum esse. *Paulus:* immo cum in arbitrio [50]) quaeritur, memoria facti operis exstet, nec ne: non hoc quaeritur, num aliquis meminerit quo die aut quo consule factum sit [51]). sed num hoc aliquo modo probari possit,

49) Haloand. Libro VIII.

50) Hal. Mirăus, Chevallon, Merlin und Bauboza *ab arbitro.* Torelli bemerkt in ſeinen der florentiniſchen Ausgabe voranſtehenden Adnotatis, in den Pandecten ſtehe in arbitro, er habe aber die Leſeart eines andern alten Manuſcripts vorgezogen.

51) *Cod. Erl.* factum est. Eben ſo Chevallon.

quando [52]) id opus factum sit. et hoc ita [53]) quod Graeci dicere solent [54]). EN ΠΛΑΤΕΙ [55]) enim potest hoc memoria non teneri [56]). intra annum, puta, factum, cum interim nemo sit eorum qui meminerit quibus consulibus id viderit. sed cum omnium haec est opinio, nec audisse nec vidisse cum id opus fieret: neque ex eis [57]) audisse [58]), qui [59]) vidissent aut audissent. et hoc infinite similiter susum versum [60]) accidet [61]): cum memoria operis facti non exstaret [62]).

52) Hal. quam pridem.

53) Hal. und Mir. et ita hoc.

54) *Cod. Erl.* quod graece dici solet. Das Griechiſche ſelbſt iſt ganz unverſtändlich. Chevall. et ita hoc Graeci ἐν πλάτει dicere solent. Baudoza et hoc Graeci ἐν πλατει (id est latius et inobservatis iuris angustiis) dicere solent. Die verſchiedenen Leſearten anderer Handſchriften führt Brenkmann in der Gebauerſchen Ausgabe an.

55) *Cod. Erl.* hat enim nicht.

56) Hal. potest enim hoc memoria teneri, non intra annum puta factum. Eben ſo Miräus. Allein Chevallon potest enim hoc memoria teneri, mit Hinweglaſſung der Negation. Eben ſo Baudoza.

57) Hal. ex his.

58) *Cod. Erl.* vidisse. Eben ſo Chevall. u. Baudoza.

59) Chevallon qui *id* vidissent.

60) *Cod. Erl.* Sursum versum. Eben ſo Hal. Miräus, Baudoza und Gothofred. Sursum versus Chevallon und Merlin. Die Torelliſche Leſeart haben hingegen Ruſſard, Charondas, Hugo a Porta, und Gebauer. In der Pariſer Ausgabe von 1576.

Dieſes Fragment iſt eine der ſchwierigſten Stellen in unſerm Titel, weil die Leſeart deſſelben ſehr ſtreitig iſt. Abgeſehen von den bereits in den Noten angeführten Varianten, haben Wilhelm Budäus [63]), Jacob Rävard [64]), und Joh. Gottl. Heineccius [65]) mancherley Verbeſſerungen verſucht. Letzterer gerieth deshalb in Streit mit Pagenſtecher, welchen die zwiſchen beyden gewechſelten epistolae amoebaeae enthalten. Das Fragment ſelbſt bezieht ſich auf die actio aquae pluviae arcendae, wie Cujaz [66]) und auch ſchon vor ihm Azo bemerkt hat. Es wird auch daſſelbe in dem Titel der Pandecten, welcher von dieſer Klage handelt, nochmals angeführt, wo jedoch das alles dem Labeo zugeſchrieben wird, was in unſerer Stelle als Note des Paulus zu Labeo ſo genau unterſchieden worden iſt, und zwar iſt dieſes in einer ſelbſt aus des Paulus *Libro XLIX. ad*

apud Sebast. Nivellium wird ſogar der Leſeart suum versum wegen *L.* 9. *D. de divort.* und *L.* 10. §. 9. *et* 12. *D. de gradib.* der Vorzug gegeben.

61) *Cod. Erl.* accidit tunc. Hal. und Mer. acciderat. Chevall. Merlin und Baudoza acciderit.

62) Hal. tum memoria facti operis non exstaret. Chevallon, Merl. und Baud. tum memoriam operis facti non extare.

63) Annotation. priores et posterior. in Pand. ad h. L. fol. 197. b. in fin.

64) Varior. s. de iuris ambignitatib. Lib. I. cap. 14. (*Oper. Lugd.* 1623. *editor.* pag. 457. sq.)

65) Opuscul minor. (*Amstelod.* 1738. 8.) pag. 71—74.

66) Recitation. solemn. ad diversos titulos Pandectar. ad h. L. 28. (*Operum postumor.* a *Fabroto* editor. Tomi IV. P. I. pag. 923.)

Edictum genommenen Stelle geſchehen. Die Stelle iſt *L.* 2. §. 8. *D. de aqua et aquae pluviae arcendae*, welche folgendermaſſen lautet: Idem *Labeo* ait, cum quaeritur, an memoria exstet facto opere, non diem et Consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere si quis sciat factum: hoc est, si factum esse non ambigatur: nec utique necesse est, superesse, qui meminerint, verumetiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint. Man hat nicht Urſach ſich darüber zu verwundern, da es beym Paulus gar nicht ungewöhnlich iſt, dem Labeo ſelbſt die Meinung in ſeinen Commentaren über das Edict zuzueignen, welche er in ſeinen Noten zu den von ihm epitomirten libris Pithanon berichtiget hatte [67]). Es iſt überhaupt nichts Seltenes, daß die Noten der Rechtsgelehrten, welche über die Schriften Anderer commentirt haben, in den Geſetzen der Pandecten mit dem Text verwechſelt werden, wovon Anton Auguſtin [68]) und Everh. Otto [69]) mehrere Beyſpiele geſammelt haben.

Ehe ich jedoch zur Erklärung des Geſetzes ſelbſt ſchreite, wird es nicht ohne Nutzen ſeyn, die Erklärungen der Griechen vorausgehen zu laſſen, welche von den Auslegern hier noch gar nicht benutzt worden ſind. Er-

67) Ein merkwürdiges Beyſpiel führt *Ger.* Noodt de forma emendandi doli mali. Cap. 2. in fin. (*Oper.* Tom. I. pag. 355.) aus *L. ult. D. Si servit. vindicet.* verglichen mit *L.* 10. *D. de Servitut. praedior. rustic.* an.

68) Emendation. et Opinion. Lib. I. cap. 6.

69) Papinianus. Cap. XIII. §. 6. pag. 452.

ſtens die *Basilica* [70]) ſelbſt liefern uns von unſerm Fragment nur folgenden Auszug.

Λαβ. Οτε περὶ καινοτομίας κτίσματος, ἢ ὅρων γίνεται ζήτησις, οὐκ ἀπαιτοῦμεν τοὺς περιόντας εἰδέναι πάντως ἐπὶ ποίων ὑπάτων ἢ πότε γέγονεν, ἀλλ' εἰ ἀκηκόασι παρὰ τῶν ἐφ' ἑαυτοῦ ἐπισταμένων, ἢ ἀκουσάντων πότε τὸ ἔργον ἐγένετο. i. e. *Cum de novi operis nunciatione, vel de finibus controversia est, non exigimus, ut qui supersunt omnimodo sciant, quibus Consulibus, vel quando id factum sit, sed an ex eis audierint, qui vidissent, aut audissent, cum id opus fieret.*

Wichtiger noch iſt das *Scholium* [71]) zu dieſem Geſetz, wo, wie in unſerm Text, die Meinung des Labeo und Paulus genau unterſchieden wird. Es lautet folgendermaſſen.

Λέγει ὁ Λαβεών· ἐὰν ὁ δικαστὴς ζητῇ τοῦ ἔργου γενομένου τὴν μνήμην, τοίχου τυχόν, ἢ ἑτέρου τοιούτου, ὀφείλει τούτων πυνθάνεσθαι πρὸς ἀπόδειξιν, ὅι τινες μέμνηνται ὅτε τὸ ἔργον γεγένηται. Ταῦτα μὲν οὖν ὁ Λαβεών. Ὁ δὲ Παῦλος νοτέυων αὐτὸν οὕτω φησίν. ἥνικα ζητεῖ δικαστὴς, πότερον δείκνυται ἡ μνήμη τοῦ γενομένου ἔργου, ἢ τοὐναντίον, οὐ τοῦτο ὀφείλει πολυπραγμονεῖν, εἰ ἆρά τις μνημονέυηται ἐν ποίᾳ ἡμέρᾳ, ἢ ἐν ποίῳ ὑπάτῳ γεγένηται τὸ ἔργον, ἀλλ' εἰ δυνατόν ἐστιν οἱῳδήποτε τρόπῳ δειχθῆναι τοῦτο, καὶ μὴ μόνον πυνθάνεσθαι τῶν ἑωρακότων, ἀλλ' εἰς πλάτος ἀνάγειν αὐτόν. εἰ καὶ

70) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 28. pag. 6.

71) S. *Scholia Basilicor.* Tom. III. pag. 47. lit. b.

ἔστιν ὅτε συμβαίνει πολλάκις καὶ εἰς πλάτος ἀνάγειν αὐτὸν τὸν δικαστὴν, καὶ ὅμως τὴν μνήμην, ἤτοι τὸν χρόνον μὴ καταλαμβάνειν τοῦ ἔργου, περὶ οὗ ἡ ζήτησις γυμνάζεται παρ' αὐτοῦ. ὑπόθου γὰρ ἐντὸς ενιαυτοῦ γεγενῆσθαι τὸ ἔργον, ὅτε μηδεὶς ἐστι τῶν θέᾳ παραλαβόντων τὸ ἔργον γινόμενον, ἀλλ' ὅτε τῆς αὐτῆς ἐχούσης δόξης τε καὶ ὑπονοίας, καὶ οὐθεὶς ἐστιν ἀκηκοὼς ἢ θεασάμενος πότε τὸ ἔργον γεγένηται, οὔτε μὴν ὁ περ' ἑτέρου τινός ἀκηκοὼς, θέᾳ τυχὸν, ἢ καὶ ἀκοῇ παραλαβόντος τὸ ἔργον. τοῦτο δὲ συμβαίνει πολλάκις κἂν εἰς ἀπέραντον ἀνάγῃ τις ἑαυτὸν, ὅτε χρόνος ἤτοι ἡ μνήμη τοῦ γενομένου ἔργου μὴ δείκνυται. συνελόντα τοίνυν εἰπεῖν, ἐὰν ζητῇ δικαστὴς τοῦ γενομένου ἔργου τὴν μνήμην, ὀφείλει μὴ μόνον τῶν θέᾳ παραλαβόντων τὸ ἔργον πυνθάνεσθαι, ἀλλὰ γὰρ κἀκείνων τῶν παρ' ἑτέρου τινὸς θέᾳ τυχόν ἢ ἀκοῇ παραλαβόντων τὸ ἔργον ἀκηκοότων. i. e. Labeo ait: Si iudex quaerat operis facti memoriam, parietis forte, vel alterius eiusmodi, ad probationem eos interrogare debet, qui meminerint id opus factum esse. Haec quidem Labeo. Paulus eum notans sic ait: Cum iudex quaerit, num probari possit memoria facti operis, nec ne, non debet diligentius inquirere, num aliquis meminerit, quo die aut quo Consule opus factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, et non solum interrogare de his quae viderint, sed libere et latius exquirere: quamquam et in iudicis latiore indagatione plerumque accidit, ut memoria, sive tempus operis, de quo apud eum quaestio exercetur, non teneatur: finge enim intra annum opus factum, cum nemo est, qui viderit, cum id opus fieret: sed cum omnium haec est opinio, nec ullus est, qui audierit, aut

viderit, cum id opus fieret, nec ex iis audiverit, qui vidissent, aut audissent, cum id opus fieret. Hoc autem plerumque accidit, et si in infinitum quis se referat, cum tempus aut memoria operis facti non probatur. Ad summam si iudex facti operis memoriam investiget, debet non solum interrogare eos, qui viderunt, cum opus fieret, sed et eos, qui ex eis audierunt, qui viderunt, aut audierunt.

Paulus berichtiget also hier eine Meinung des Labeo, welche dieser in seinen *Libris πειθανῶν seu pithanon* gelehrt hatte. Πειθανα bedeutet eigentlich soviel als *probabilia s. verisimilia.* Soviel sich aber aus den Fragmenten ersehen läßt, welche theils aus diesen Büchern rein, theils mit des Paulus Noten aus dessen Epitome in die Pandecten aufgenommen worden sind [72]; so stellte er darin in jeder Rechtsmaterie einige Regeln und gemeine Rechtssätze auf, wodurch der Leser in den Stand gesetzt werden sollte, in jedem vorkommenden streitigen Rechtsfalle zu beurtheilen, was in Ansehung desselben der Wahrscheinlichkeit nach Rechtens seyn müsse [73]. Weil nun aber freylich diese Regeln auch zuweilen in diesem und jenem Falle ihre Ausnahmen litten; so fühlte Paulus, nach der Gewohnheit der römischen Rechtsgelehrten des damaligen Zeitalters, über die Schrif-

72) S. *Abr.* Wieling Iurisp. ud. restituta. T. I. p. 84–86.

73) S. *Jac. Phil.* D'Orville Diss. ad L. 65. π. de adquir. rer. dom. *Lugd. Batav.* 1721. Cap. I. pr. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. pag. 280.) und Reuber die juriſt. Claſſiker. 1. Th. S. 21. und S. 88.

ten Anderer zu commentiren, den Beruf in ſich, dieſe Bücher des Labeo theils zum gemeinnützigern Gebrauche ins Kurze zuſammenzuziehen, theils aber auch ſowohl die zu allgemein aufgeſtellten Regeln durch beygefügte Ausnahmen näher zu beſtimmen und zu beſchränken, als auch die gar zu eng gefaßten zu ergänzen und zu erweitern, nicht minder dasjenige, was ihm offenbar unrichtig zu ſeyn ſchien, zu berichtigen. Dieß iſt es, was Paulus durch das Wort IMO anzeigen will, deſſen er ſich ſowohl in unſerm Fragment, als in allen übrigen bedient, welche aus des LABEONIS *libris Pithanon a Paulo epitomatorum* in die Pandecten ſind aufgenommen worden [74]).

Die actio aquae pluviae arcendae, welcher unſer Fragment eigentlich angehört, ob es wohl in den Baſiliken von der novi operis nunciatio, und dem iudicio finium erklärt wird, geht auf die Abwendung eines Schadens, welchen ich von einer auf meines Nachbars Grunde befindlichen Anlage zu beſorgen habe, ſie ſey nun entweder wider meinen Willen und Recht von Menſchen Händen gemacht, oder durch Vernachläßigung meines Nachbars, wenn ſie auch urſprünglich mit Recht gemacht war, in einen Zuſtand gerathen, in welchem ſie meinem angränzenden Feldgute Schaden bringen kann, weil nun das Regenwaſſer einen andern Ablauf nimmt. Dieſe Klage ſtammt aus den Geſetzen der zwölf Tafeln her. Pomponius bemerkt nämlich aus Labeo [75]), die Alten hätten die Worte des Geſetzes der 12. Tafeln: *Si*

74) S. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. III. c. 6. et cap. 12.

75) *L.* 21. *D. de Statuliberis.*

aqua pluvia nocet, so erklärt, si nocere poterit. Pomponius [76]) nennt daher auch diese Klage eine actio legitima [77]). Daß sie die Abwendung eines zu besorgenden Schadens zum Zweck hat, lehrt Paulus [78]). Denn ist schon Schaden durch die Anlage geschehen, so findet nicht diese Klage, sondern das Interdictum quod vi aut clam Statt [79]). Die actio aquae pluviae arcendae ist nun vorzüglich in zwey Fällen begründet, 1) wenn durch ein aufgerichtetes oder eingerissenes Werk auf dem Privat-Feldgrundstück meines Nachbars der Lauf des

76) *L.* 22. §. 2. *D. de aqua et aquae pluviae arcendae.*

77) Der Prätor nahm sie nachher auch in sein Edict auf. Daher haben Ulpian und Paulus in ihren Commentaren über das Edict von der actio aquae pluviae arcendae gehandelt, wie aus der Inscription der meisten Fragmente des Tit. 3. Lib. XXXIX. Pand. erhellet. S. *Jo. Ortw.* Westenberg de causis Obligationum Diss. IX. Cap. III. §. 2. und *Eiusd.* Princip. iuris sec. ord. Dig. Tit. de aqua et aquae pluviae arc. §. 2.

78) *L.* 14. §. 2. *D. eodem.* In hoc iudicium, sicut in damni infecti, *futurum damnum* venit. Eben dieses bestärkt auch Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. eodem.* Haec autem actio locum habet *in damno nondum facto*, opere tamen iam facto: hoc est, de eo opere, *ex quo damnum timetur:* totiensque locum habet, *quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est:* id est, *cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret:* si forte immittendo eam aut maiorem fecerit, aut citatiorem, aut vehementiorem, aut si comprimendo redundare effecit. Add. *L.* 11. §. 3. *in fin. D. eodem.*

79) *L.* 14. §. 3. *D. eodem.* De eo, quod ante datum est, *quod vi aut clam* agendum est.

Regenwassers zum beforglichen Nachtheile meines Feldgrundstücks wider meinen Willen, und ohne dazu berechtiget zu seyn, verändert worden ist [80]). 2) Wenn durch unterlassene Erhaltung einer schon auf dem eigenen Grunde meines Nachbars vorhandenen Anlage in ihrem ursprünglichen Zustande, z. B. durch unterlassene Reinigung eines verschlämmten Wassergrabens, oder durch unterlassene Wiederherstellung eines durch die Gewalt des Wassers weggerissenen Dammes ein Schaden für mein Feldgrundstück durch Regengüße zu besorgen ist [81]). In dem letztern Falle ist die Klage begründet, etiamsi memoria eius rei non exstat, und wenn auch die Anlage blos zum eigenen ökonomischen Nutzen des Grundstücks da wäre, auf welchem sie sich befindet [82]). Nicht so in jenem ersten

80) *L.* 1. § 1. *et* §. 22. *D. h. t.*

81) *L.* 2. §. 1. 4. 5. *et* 6. *D. eodem.* Hanc enim actionem non tantum de operibus esse utilem manufactis, *verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sunt*, so schreibt Namusa, wie uns Paulus in dem angef. §. 6. *L.* 2. *cit.* berichtet.

82) *L.* 2. §. 1. *D. eod.* Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causa, *nec memoriam exstare, quando facta est:* hanc inferior vicinus non purgabat: sic fiebat, ut ex restagnatione eius aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo, *aquae pluviae arcendae* cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret, aut te pateretur in pristinum statum eam redigere. — *L.* 2. §. 4. *eod* Apud Atejum vero relatum est, eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum purgare, *sive extet fossae memoria, sive non extet:* quod et ipse puto probandum. Paulus stimmt also hierin dem Atejus bey. — *L.* 2. §. 5.

Falle. Dort schließt ökonomischer Gebrauch, den die von menschlicher Hand gemachte Anlage bezweckte, so wie das Vorhandenseyn eines Werks über Menschen Gedenken die Klage aus [83]). Nur in jenem ersten Falle gehört es also zur Begründung der Klage, daß das opus manu factum ein solches sey, cuius memoria exstat. Dieß war vermuthlich der Zusammenhang, in welchem Labeo zu der Frage veranlaßt wurde, worauf der Richter bey der actio aquae pluviae arcendae die Untersuchung, an operis facti memoria extet, zu richten habe, und welche er durch den in unserm Fragment aufgestellten Satz zu beantworten sucht, wie aus der Verbindung mit *L.* 2. §. 8. *D. de aqua et aquae pluv. arc.* erhellet. Eben diesen Zusammenhang hat auch Cujaz [84]) ganz richtig bemerkt.

eod. Item Varus ait, aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae dejecit: per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. — Labeo autem, si manufactus sit agger, *etiamsi memoria eius non extat*, agi posse, ut reponatur: nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, *sed ne noceat*, aut interpellet facientem, quod iure facere possit. — *L.* 2. §. 7. — Plane si fossam iure factam, *aut cuius memoria non extat*, agi tecum posse *aquae pluviae arcendae*, ut reficias.

83) *L.* 2. §. 3. *D. eodem.* Cassius autem scribit, si qua opera aquae mittendae causa publica auctoritate facta sint: in *aquae pluviae arcendae actionem* non venire: in eademque causa esse ea, *quorum memoriam vetustas excedit.*

84) Commentar. in Librum XLIX. Pauli ad Edictum: ad L. 2. D. de aqua et aquae pluv. (Oper. postum. a *Fabroto* editor. Tom. II. pag. 702.)

Labeo nennt hier den Richter arbiter. So werden in dem Römischen Rechte die Richter genannt, welche in den iudiciis bonae fidei und arbitrariis gegeben wurden, weil hier der Richter freiere Hände hatte, und auch da, wo ihm Gesetze verließen, nach der Billigkeit sprechen konnte [85]). Daß bey den actionibus arbitrariis, aber, wie Cicero [86]) sagt, bey den *arbitriis*, in quibus additur, *ex fide bona*, die iudices insonderheit *arbitri* genennt wurden, giebt schon der Name dieser Klagen zu erkennen. Die actio aquae pluviae arcendae war aber eine solche Klage. Denn Paulus [87]) nennt sie *arbitrium aquae pluviae arcendae*, und nach der Torellischen Lesart, welche auch, wie Brenkmann in der Gebauerischen Ausgabe bemerkt, mehrere alte Codices für sich hat, wird sie in unserm Text eben so genennt. Es ist noch merkwürdig, was Cicero [88]), wahrscheinlich in Beziehung auf die Gesetze der zwölf Tafeln, sagt: *Aqua pluvia, manu nocens, iubetur ab arbitro coerceri.* Kein Wunder, wenn daher auch Alfenus [89]) den Richter bey dieser Klage *arbitrum aquae pluviae arcendae* nennt.

85) Cicero *de Officiis* Lib. III. cap. 17. Festus voc. *Arbiter.* Iustinian. §. 30. *I. de action.* S. *Jo.* Hop Diss. de iudicibus a Praetore et Provinciar. Rectoribus ad causas privatas diiudicandas dari solitis. Cap. 3. §. *Videamus de arbitris.* (in *Ger.* Oelrichs Thes. novo Dissertation. Belgicar. Vol. I. Tom. II pag. 543.)

86) *De officiis* Lib. III. cap. 17.

87) *L.* 23. §. 1. *D. de aqua et aquae pluv. arc.*

88) *Topica ad Trebatium.* Cap. 9.

89) *L.* 24. *D. de aqua et aquae pluv. arc.*

Labeo gab nun die Regel, der arbiter ſolle bey der Unterſuchung, ob die Zeit, da die Anlage gemacht worden, über deren Schädlichkeit für ſein Feld-Grundſtück der Nachbar Klage erhoben hat, auszumitteln ſey [90])? ſich erkundigen, ob etwa Zeugen vorhanden ſind, die ſich erinnern können, wenn jenes ſchädliche Werk gemacht worden ſey. Paulus findet aber dieſe Regel nicht befriedigend. Wenn bey der actio aquae pluviae arcendae, ſagt er, um den Labeo zu recht zu weiſen, darüber geſtritten wird, ob das Werk bey Menſchen Gedenken da geweſen ſey, oder nicht?, und ob daher die Klage Statt finde oder nicht? ſo ſey nicht gerade davon die Frage, ob ſich Jemand erinnere, an welchem Tage und in welchem Jahre die in Streit gezogene Anlage gemacht worden ſey. Dieß ängſtlich zu unterſuchen, ſey nicht nöthig, ſondern es ſey genug, wenn nur einigermaſſen bewieſen werden könne, um welche Zeit ohngefähr das Werk ſeinen Anfang genommen habe. Der Richter müße alſo bey der Unterſuchung des Urſprungs des Werks etwas weiter gehen, und ἐν πλατει [91]) verfahren, wie die

90) So erklärt der griechiſche Scholiaſt den Ausdruck operis facti memoria. Brissonius de Verb. iur. Signif. erklärt das Wort *memoria* durch recordatio.

91) Den griechiſchen Ausdruck ἐν πλάτει, welcher in mehreren Stellen der Pandecten vorkommt, als *L.* 3. *D. de condict. tritic.* *L.* 13. *D. de solut.* *L.* 12. §. 2. *D. Rem. ratam hab.* überſetzt Torelli in laxitate et amplitudine. *Andr.* Alciatus Dispunction. Lib. II. cap. 11. latius. *Jac.* Curtius Εικαστῶν Lib. I. cap. 18. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. V. pag. 112.) ſagt, ἐν πλάτει intelligenda sunt, in quibus ratio

Griechen zu ſagen pflegen. Ja ſelbſt bey einer ſolchen Unterſuchung ἐν πλάτει [92]) werde die Zeit, da das Werk,

ad liquidum non facile oratione perduci potest, et quae non acerbe vel amare sive stricte exigi solent, sed veluti cum quodam temperamento ex bono et aequo. Heineccius in Opuscul. minor. pag. 73. glaubt hingegen, das ἐν πλάτει ſey eben ſo viel, als das Vorhergehende *aliquo modo*, und der Sinn ſey der: sufficere si *aliquo modo*, vel ut Graeci loquantur, ἐν πλάτει testis sciat, quando id opus factum sit. Endlich Pagenstecher in Epist. Amoeb. bey *Heineccius* in Opusc. minor. pag. 148. erklärt das ἐν πλάτει mit Beziehung auf *L. 2. §. 8. D. de aqua et aquae pluv. arc.* durch *non ad liquidum.*

92) Schon *Corn. van.* Bynkershoek Observat. iur. Rom. Lib. VII. cap. 8. §. *Aurem* ſahe ein, daß das Griechiſche ἐν πλάτει zweymal geleſen werden müße. Auch Heineccius in Opuscul. minorib. pag. 72. hält wegen der Wortfügung enim potest eine Gemination für nothwendig. Zwar bemerkt Ducker in Opusc. var. de Latinitate vet. ICtorum pag. 330. not. 6. daß enim für nam, auch ohne daß Etwas vorausgeht, bey den Claſſikern, ja ſelbſt bey Cicero, nicht ungewöhnlich ſey. Allein wir haben dieſen Behelf gar nicht nöthig. Auch in dem oben aus den Baſiliken abgedruckten griechiſchen Scholium kommt zweymal nach einander εἰς πλάτος vor. Dieſer noch von keinem Ausleger benutzte Beweis ſetzt alſo jene Meinung von einer Erklärung durch Gemination außer Zweifel. Offenbar unrichtig iſt es aber, wenn Pagenstecher a. a. O. das ἐν πλάτει von den Worten, Graeci dicere solent, trennen, und mit dem folgenden Comma verbunden wiſſen will. Nach ſeiner Erklärung ſoll Paulus ſo viel ſagen, der Richter ſolle ſehen, ob auf irgend eine Art bewieſen werden könne, wenn das Werk gemacht worden ſey, d. i. in

über welches Klage erhoben worden, entstanden ist, nicht immer ausgemittelt werden können [93]), wenn man blos

welchem Jahre. Nun fahre Paulus fort. Eben dieß hätten auch die Griechen gesagt. Seine und der Griechen Meinung beweise er nun durch den nachfolgenden Satz, und weil er die Griechen zu Zeugen angerufen habe, so fange er das folgende Comma mit dem Griechischen ἐν πλάτει an, id est, *non ad liquidum* enim potest. Diese dem ganzen Zusammenhange der Worte widerstreitende Erklärung ist gar keiner Widerlegung werth.

93) *Guil.* Budaeus in Annotationib. in Pandect. ad h. L. fol. 197. b in fin. will zwar bey den Worten memoria *non* teneri, die Negation wegstreichen, und *memoria teneri* lesen. Er meint, diesen affirmativen Sinn erfordere der Nachsatz, *cum interim* etc. denn die Partikel *interim* sey hier adversativ. Der Sinn soll also der seyn: „Denn es könnte geschehen, daß zwar viele sich erinnern, das Werk sey nicht vor dem oder jenem Jahre gemacht, sich aber doch des Tages und Jahres nicht bestimmt erinnern können, wenn es gemacht worden sey.“ Auch Rebuffus Variar. Lib. I. cap. 14. legt den Worten einen affirmativen Sinn unter, indem er sie auf folgende Art emendirt: *Nam* enim potest hoc memoriae non teneri. Eben so Heinecius in Opusc. minor. pag. 72. welcher den Text auf folgende Art zu restituiren vermeint: Ἐν πλάτει enim potest hoc memoriae *contineri*. Nicht minder Pagenstecher, a. a. O. welcher durch seine Erklärung von ἐν πλάτει, *non ad liquidum*, den Worten, enim potest hoc memoria *non* teneri, wegen der doppelten Negation, ebenfalls einen affirmativen Sinn giebt. Allein daß diese Worte einen negativen Sinn haben, setzt wieder die oben abgedruckte Paraphrase des griechischen Scholiasten außer Zweifel.

diejenigen als Zeugen vernehmen wollte, die sich erinnern, daß das Werk gemacht worden sey. Denn wenn gleich der Kläger behaupte, dasselbe sey binnen dem und dem Jahre gemacht worden, und es wäre gerade Niemand vorhanden, der sich erinnere, in welchem Jahre er es gesehen habe. Deswegen kann aber doch nicht gesagt werden, das Werk sey seit unbenklicher Zeit vorhanden. Der Richter müße also weiter nachforschen, ob nicht Zeugen vorhanden sind, welche den Ursprung der in Streit befangenen Anlage durch Erzählung von Andern erfahren haben. Denn auch ein solcher Beweis ist zulässig. Nur dann, wenn alle Zeugen einstimmig aussagen, daß sie es weder selbst gehört, noch gesehen haben, als das Werk gemacht worden, noch auch von denen gehört haben, welche dasselbe gesehen oder davon gehört hätten; und so denn immer weiter aufwärts steigen, in unbestimmten Ausdrücken *), sie hätten es nämlich auch von ihren Vorfahren und Voreltern, so weit sie sich deren erinnerten, nicht gehört 94); nur dann könne man sagen, es sey von

*) Das Wort *infinite* bedeutet hier soviel als indefinite oder indeterminate, εἰς ἀπέραντον, wie der griechische Scholiast sagt. Das Wort *infinitum* kommt in dieser Bedeutung in den Gesetzen öfters vor. §. 4. *I. de heredib. instit.* L. 68. *pr. D. de rei vindic.* L. 4. §. 2. *D. de in litem jur.* S. Ev. Otto Commentar. ad §. 4. Instit. de heredib. instit.

94) Solche allgemeine Zeugenaussagen beym Beweise einer alten unfürdenklichen Sache kommen auch im kanonischen Rechte vor. *can.* 16. *C.* XXXV. *qu.* 6. und *Cap.* 5. *X. de testib.* und so werden auch in der Praxis die Artikel gefaßt, nämlich wahr, daß Zeugen es nicht allein für ihre Person also gesehen, sondern auch von ihren Eltern und Vorfahren

dem Urſprunge des ſtreitigen Werks kein Andenken mehr vorhanden, ſondern daſſelbe von undenklicher Zeit her da geweſen, und die Klage falle weg [95]). Dieß ſcheint mir den ganz natürliche Sinn dieſer ſchwierigen Stelle zu ſeyn, von welcher Cornelius van Bynkershök [96])

ſolches gehört, und nie anders erfahren noch gehört haben. S. *Io. Iod.* Beck Diss. de probatione per testes de auditu alieno deponentes. *Altorf.* 1711. Cap. 3. §. 8. Bey der actio aquae pluviae arcendae ſind alſo Zeugen von Hörenſagen zuzulaſſen. S. Cujacius in Commentar. in Libr. XLIX. Pauli ad Edictum ad L. 2. §. 1. D. de aqua et aqu. pluv. arc. (*Oper.* a Fabroto editor. Tom. II. pag. 702.) und *Franc.* Duarenus Commentar in Tit. Pand. de testib. Cap. IV. pag. 960.

95) Die letzte Periode Sed cum omnium etc. etc. haben die Ausleger auf verſchiedene Art emendirt. Rabvardus Varior. Lib. I. cap. 14. Sed cum omnium haec est opinio, —— qui vidissent aut audissent, et hoc infinite: similiter sursum versum accidet, *quasi* memoria operis facti non extaret. Budaeus Annotat. in Pand. c. l. et hoc, infinite similiter sursum versum *acciderit*, *tum memoriam operis facti non extare.* Die Gloſſe des Accurſius ändert zwar im Text nichts, glaubt aber, nach accidet müßten die Worte *absolvitur reus* verſtanden werden. Nach dieſer Erklärung können freylich die nachfolgenden Worte: *cum memoria operis facti non extaret*, unverändert bleiben, und der Sinn iſt vollkommen richtig. Außerdem aber müßte wohl ſtatt *cum* memoria vielmehr *tum* oder *tunc* memoria geleſen werden, wie auch die meiſten Ausgaben leſen. S. Pothier Pand. Iustin. Tom. III. Lib. XXXIX. Tit. 3. Nr. XV. not. f. pag. 22.

96) Observat. Iuris Rom. Lib. VII. Cap. 8. §. *Autem* pag. 209. nach der Heinecc. Ausgabe.

ſagt: Valde eius lectio est conturbata, et, si quae unquam, palam mendosa. Odio, quid editores, quid interpretes in eam fuerint ausi, si dixerim, ingentibus excidisse ausis, et neminem rotundam eius sententiam expressisse, dixero, quod res est, ob er gleich das Weſen ſelbſt nicht erklärt hat.

L. 29. Scaevola *Libro nono Digestorum.*

Imperatores *Antoninus* et *Verus* Augusti Claudio Apolinari rescripserunt in haec verba. „Probationes, quae de filiis dantur, non in sola adfirmatione testium consistunt [97]): sed et epistulas [98]), quae uxoribus missae allegarentur [99]), si de fide earum constitit [100]), nonnullam vicem instrumentorum optinere [1]) decretum est.“

97) *Cod. Erl.* constare. Chevallon consistere. Dieſe Leſeart zieht Brenkman in der Gebauerſchen Ausgabe allen andern vor. Nach den Noten des Taurellius ſollen die florent. Pandecten consisterent haben.

98) Hal. Miräus, Chevallon, und Bayboza epistolas. Nach des Torelli Adnotat. ſollen Pand. flor. *epistulae* leſen. Auch Brenkman bemerkt in der Geb. Ausg. daß er in zehen Handſchriften epistolae geleſen habe. Er ſelbſt verwirft jedoch dieſe Leſeart, weil die Conſtruction den Nominativ nicht zuläßt.

99) Hal. und Miräus allegantur.

100) Hal. und Miz. si de fide earum consistat und einer in Parentheſe eingeſchloſſen. Chevallon constiterit, mit gleicher Parentheſe. Bayboza consistat, ohne Einſchluß.

1) Eben ſo *Cod. Erl.* Ruſſard, Chevallon, und Gebauer.

§. 1. Mulier gravida repudiata [2]), filium enixa absente marito, ut [3]) spurium in actis professa est. quaesitum est an in potestate patris sit: et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire possit: nec obsit professio a matre facta. respondit, veritati locum superfore.

Zu der Zeit, als Scävola das neunte Buch seiner Digesten schrieb, woraus unser Fragment genommen ist, waren die Kaiser Antoninus und Verus, deren Rescript er hier anführt, noch am Leben [4]). Es sind diese diejenigen Kaiser, welche unter dem Namen der Divorum Fratrum bekannt sind. Scävola, der unter ihnen blühete, stand bey dem Kaiser Marcus Aurelius Antoninus in solchem Ansehen, daß er ihn, wie Capitolin [5]) erzählt, zum Beysitzer in seinem Auditorium machte [6]). Er lebte auch noch unter dem Kaiser Commodus, und scheint die Zeiten des Septimius Severus erreicht zu haben [7]).

Das Rescript, welches Scävola hier anführt, betrifft den Beweis der Kindschaft. Der Streit, welcher darü-

2) Chabillon, und Scaevola gravida et a marito repudiata. Merlin [et a marito] repudiata.

3) Hal. spurium mit Hinweglassung des ut.

4) Guil. Lud. Conrads Diss. histor. crit. de vita et scriptis Quinti Cervidii Scaevolae ICti. *Lipsiae* 1755. Cap. 2.

5) *In Marco*. Cap. XI.

6) *L. 22. pr. D. ad Sctum Trebell.*

7) Es läßt sich dieses daraus schließen, was Scävola *L. 14. D. de div. temp. praescript.* sagt, wenn man damit den §. 8. *I. de Usucap.* vergleicht.

der vor Gericht erhoben wird, ob Jemand dessen Kind sey, dem es angehören soll, ist gewiß, wegen der davon abhangenden rechtlichen Folgen, eben so wichtig, als der deshalb zu führende Beweis mit Schwierigkeiten verknüpft [8]). Aber schwieriger noch auf Seiten des Vaters, als der Mutter. Denn die Mutter ist immer gewiß, sagt Paulus [9]) etiamsi vulgo conceperit. Daß sie das Kind gebohren habe, welches ihr Kind seyn soll, kann durch Zeugen, die bey der Geburt des Kindes gegenwärtig waren, z. B. durch Hebammen, bewiesen werden. Aber nur der ist als Vater des Kindes anzusehen, sagt derselbe Paulus, quem nuptiae demonstrant. Es ist aber noch nicht immer genug, daß die Ehe erwiesen werde, sondern das Kind muß auch aus dieser Ehe gebohren [10]), und überdem zur rechten Zeit gebohren seyn [11]), so wie denn auch nicht Gründe einer physischen Unmöglichkeit der ehelichen Beywohnung diesem Beweise entgegenstehen dürfen [12]). Ein directer Beweis kann also hier nicht erbracht, sondern nur eine dringende Vermuthung begründet werden, welche denn freylich einen Gegenbeweis zuläßt [13]). Zur Bescheinigung einer Quasi-

8) *Pet.* Müller Diss. de probatione filiationis. *Ienae* 1689. *Frid. Io.* Stock Diss. eiusd. argum. *Ienae* 1702.

9) *L. 5. D. de in ius vocando.*

10) *L. 6. D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. L. 3. §. 1. D. de agnosc. vel alend. lib.*

11) *L. 12. D. de statu hom.*

12) *L. 6. D. in fin. de his, qui sui vel alien. iur. sunt.*

13) S. *Franc.* Duarenus Commentar. in h. Tit. Cap. 3. *Oper.* pag. 935. und besonders *Io. Ortw.* Westenberg Divus Marcus. Diss. VII. §. 4. sqq. (*Operum a* Jungio *editor.* Tom. III. pag. 86. sqq.)

Poſſeſſion der Kindſchaft gegen den Beweis, welcher den Status des Kindes beſtreitet, würde jedoch ſchon der Beweis genügen, daß die Eltern das Kind als ihr Kind geliebt, daſſelbe wie ihr Kind behandelt, und immer ihr Kind genannt haben, wie nach dem Zeugniß Ulpians[14]) ebenfalls die *Divi Fratres* an den Lucius Tiberinus reſcribirt haben. Soviel die Beweismittel ſelbſt anbetrifft, ſo haben die gedachten Kaiſer in dem Reſcript, welches unſer Scävola anführt, den Beweis der Filiation dadurch zu erleichtern geſucht, daß ſie dazu nicht blos Zeugen Ausſagen erfordern[15]), ſondern auch den Briefen, die der Ehemann, welcher als Vater des Kindes angegeben wird, an ſeine Frau geſchrieben hat, wo nicht eine vollkommene, doch wenigſtens eine ſolche Beweiskraft beylegen, welche zur Begründung einer dringenden Vermuthung genügt; wobey denn freylich vorausgeſetzt wird, daß ihre Aechtheit außer Zweifel ſey. Dieß iſt der Sinn der Worte, sed et *Epistolas*, quae uxoribus missae allegarentur, si de fide earum constitit, *nonnullam vicem instrumentorum obtinere*, decretum est, wie Weſtenberg[16]) dieſe Stelle ganz richtig erklärt hat. Wir haben daher nicht nöthig, dem Nicol. Cathusius[17]) zu folgen, wenn dieſer auf ſeine Gefahr folgen

14) *L. 1. §. 3. D. de Quaestionib.* Vid. Stock dit. Diss. Cap. III. Th. 2.

15) Cyrillus bemerkt in den Scholien der Baſiliken Tom. III. pag. 48. lit. e. μαρτύρουσι καὶ μαῖαι, καὶ δοῦλαι. i. e. *testimonium quoque perhibent nutrices et ancillae.*

16) Cit. loc. §. 12. pag. 90. sq.

17) Observation. et Conjecturar. Lib I. Cap. 42. (in *Thes.*

bemassen zu lesen erinnert: si de fide earum constitit *nonnihil*, vicem instrumentorum obtinere etc. Er hat nicht bedacht, was die Kaiser Diocletian und Maximian an einen gewissen Justinus rescribirt haben [18]: Non *epistolis* necessitudo consanguinitatis, sed *naturalibus*, vel *adoptionis solennitate* conjungitur: nec adversus absentem hereditatis dividendae gratia, velut contra fratrem pro ancilla petitus arbiter, *substantiam perimit veritatis*. Sive itaque quasi ad sororem, quam ancillam te posse probare confidis, epistolam emisisti; sive familiae erciscundae, quasi pro cuberede petitus arbiter doceatur, fraternitatis praestio per haec tolli non potuit. Der Brief bewies zwar allerdings gegen den, welcher ihn geschrieben hatte; sobald dieser aber das Gegentheil bewies, so mußte der Irrthum der Wahrheit weichen [19]. Auf gleiche Weise rescribirten die Kaiser Valerianus und Gallienus an den Lucullus [20]: *Neque professio, neque adseveratio nuncupantium filios, qui non sunt, veritati praeiudicat*: et quae *ut filiis* testamento relinquuntur, juxta ea, quae a Principibus statuta sunt, non deberi, certi iuris est. Aber auch die Basiliken [21] stehen jener Emendation im Wege. In

iur. Rom. Otton. Tom. I. pag. 495. und in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 777).

18) *L. 13. Cod. h. t.*

19) S. *Ian. a* Costa Praelectiones ad illustrior. quosd. Titulos locaq. select. iur. civ. ad L. 13. Cod. de probat. pag. 239. sq.

20) *L. 5. Cod. de testament.*

21) Tom. III. Lib. XXII. Tit. I. Const. 29. pr. pag. 6.

dieſen lautet der erſte Theil unſers Fragments folgendermaſſen. Ὅτε περὶ παίδων ἐξετάζεται, οὐ μόνον μάρτυρες παρέχονται, ἀλλὰ καὶ αἱ πεμφθεῖσαι ταῖς μητράσιν αὐτῶν ἐπιστολαὶ πιστούμεναι· τάξιν ἐπέχουσιν ἀποδείξεων. i. e. *Cum de liberis quaeritur, non solum testes adhibentur, sed et epistolae matribus eorum missae, si de fide earum constet, vicem probationum obtinent.* Noch mehr aber wird man ſich davon überzeugen, wenn man die Erklärung des griechiſchen Scholiaſten [22]) damit verbindet, welche folgenden Inhalts iſt. Λέγει ἡ διάταξις, μὴ μόνον διὰ μαρτύρων ἐνάσασθαί τινα ἑαυτὸν ἀποδεῖξαι υἱὸν ὄντα τινός, ἀλλὰ καὶ δι' ἐπιστολῆς πρὸς τὴν τούτου μητέρα πεμφθείσης παρὰ τοῦ λεγομένου πατρός, ἐν ᾗ τυχὸν ὡς υἱοῦ μνήμην ἐποιήσατο· μόνον εἰ δύναταί δεῖξαι μὴ οὖσαν πλαστὴν τὴν ἐπιστολήν. i. e. *Ait constitutio, posse quem non solum testibus probare se filium esse alicuius, sed et epistola ad matrem eius missa ab eo, qui pater eius dicitur, in qua mentionem eius fecit quasi filii: si modo probari possit non esse falsam epistolam.*

Nun entſcheidet Scävola §. 1. unſers Fragments noch eine andere Frage, nämlich ob die falſche Angabe der Mutter bey den obrigkeitlichen Geburtsliſten der Kinder dem Manne in der Ausübung der Rechte der väterlichen Gewalt zum Nachtheil gereichen könne? Ein Mann hatte ſich von ſeinem Weibe geſchieden, welches ſchwanger war. Scävola braucht den Ausdruck *repudiata*. Dieß heißt aber nicht, der Mann habe die Frau blos im Zorne verſtoßen. Ein ſolches Verſtoßen, welches gewöhnlich nur

22) *Basilica.* Tom. III. pag. 48. lit. q.

prüfig über, wird in den Geſetzen [23]) *fribusculum*, oder wie andere [24]) leſen, *frigusculum* genennt, und dem divortium entgegengeſetzt [25]). Hier hatte vielmehr der Mann ſich auf immer von ſeiner Frau getrennt. Denn daß das Wort repudium ſehr häufig für divortium genommen wird, iſt aus mehreren Beyſpielen [26]) bekannt. Die Baſiliken (Tom. III. pag. 6.) haben den Ausdruck διαλογεῖσα; διαζύγιον aber heißt Eheſcheidung, divortium. Ein ſolches repudium war dem Ehemann zur Zeit des Stävola auch ohne alle, oder doch aus der geringſten Urſache erlaubt [27]); wenn nur übrigens die durch die Lex Iulia de adulteriis vorgeſchriebene Form dabey beybachtet worden, und alſo die Eheſcheidungsformel: TUAS RES TIBI HABETO vor ſieben mündigen römiſchen Bürgern, als Zeugen dieſer Handlung, war ausgeſprochen worden [28]).

23) *L.* 32. §. 22. *D. de donat. inter vir. et uxor.*

24) S. *Nic.* CATHARINUS Observation. et Conjecturar. Lib. III. Cap. 3.) *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 784.) und *Io. Frid.* JUNGHANS Historia iur. civ. de divortiorum causis et poenis. *Lipsiae* 1782. Cap. I. §. 7.

25) *L.* 3. *D. de divortiis.*

26) *L.* 2. *pr. et* §. 1. *D. eodem. L.* 69. *D. Soluto matrimon. L.* 29. *D. de manumiss. testam. L.* 43. *D. ad Leg. Iul. de adulter.*

27) JUNGHANS cit. Hist. Cap. III. §. 1. et 2.

28) *L.* 9. *D. de divortiis. L.* 43. *D. ad Legem Iul. de adulter. L. un.* §. 1. *in fin. D. Unde vir. et uxor.* S. *Ev.* OTTO Praefat. Tom. IV. Thes. iur. Rom. pag. 11. *Io. Guil.* HOFFMANN ad Legem Iuliam de adulteriis coercendis Lib. sing. Cap. V. §. 8. (in *Dan.* FELLENBERG *Jurisprud. antiqua* T. I. pag. 227.

Die geſchiedene Frau gebahr nachher während der Abweſenheit ihres Mannes einen Sohn, und um ſich an ihren Mann zu rächen, ging ſie hin zu den Präfecten des aerarii Saturni, wie gerade damals durch eine Verordnung des Kaiſers Marcus Antoninus war vorgeſchrieben worden [29]), und gab dieſen Sohn als einen spurius an. Denn ſo nannte man alle Kinder, welche entweder gar keinen gewißen Vater angeben können, oder einen ſolchen Vater haben, quem habere non licet [30]).

Die Mutter ſtarb, und hinterließ das Kind zu ihrem Inteſtaterben. Nun entſtand die Frage, ob das Kind in der väterlichen Gewalt ihres geſchiedenen Ehemannes ſey, und dieſer daher, als Vater, dem Kinde den Befehl zur Antretung der mütterlichen Erbſchaft geben könne? oder ob ihm nicht die von der Mutter des Kindes bey der öffentlichen Behörde geſchehene Angabe hierin nachtheilig ſey? Scävola entſcheidet dieſe Frage verneinend. Die Mutter verdient hier keinen Glauben. Nicht darum, weil ihre Angabe im Zorne geſchahe; ſie würde, wenn ſie auch bey ruhigem Gemüthe geſchehen wäre, dem Kinde dennoch eben ſo wenig, als dem Vater deſſelben, der es als das ſeinige anerkannte, zum Nachtheile

sq.) und beſonders *Ge. Aug.* Marche Historia iuris civilis de divortiis. *Lipsiae* 1764. §. 7. pag. 26. sqq. et §. 9. pag. 39—43.

29) *Iul.* Capitolinus *in vita Marci.* cap. 9. S. Conradi Diss. de vita et scriptis Q. Cervidii Scaevolae. Cap. 2. pag. 13.

30) *L.* 23. *D. de statu hom.* S. *Io. Theod.* Scheffer Diss. de spuriis eorumque iure. *Tub.* 1734. Cap. I. nr. 2. et 3.

gereichen können, wie Weber [31]) ſehr richtig bemerkt hat. Sie mag auch Ehebrecherin ſeyn, ſagt Paulus [32]) und doch kann das Kind den Ehemann zum Vater haben. Der wahre Grund iſt, weil eine ſolche Angabe der Mutter, wodurch ſie noch dazu ihre eigne Schande bekennt, die aus einer rechtmäßigen Ehe entſpringende, und für die Paternität ſtreitende Vermuthung, wenn ihr ſonſt keine Gründe einer phyſiſchen Unmöglichkeit entgegenſtehen, an und für ſich nicht zu entkräften vermag [33]). Nur allein die Wahrheit kann alſo hier entſcheiden, wie auch oben *L.* 13. *h. t.* der Kr. Trajan bey Celſus reſcribirt hatte. Der griechiſche Scholiaſt [34]) hat die letzten Worte unſers Fragments ſo erklärt: *λέγει ὁ Σκαιβόλας· χρὴ τὸν τῆς ἐποδέσεως ἀκροώμενον μὴ τῇ καταδέσει πείθεσθαι τῆς μητρὸς, ἀλλὰ τὸ ἀληθὲς μᾶλλον σκοπεῖν.* i. e. *Respondit* Scaevola, *eum qui de causa cognoscit, matris depositioni fidem adhibere non debere, sed potius veritatem spectare.*

Dem Vater war es in dem Falle, von welchem Scävola ſpricht, nur hauptſächlich um die mütterliche

31) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Abſchn. V. Not. 29. S. 148. f.

32) *L.* 11. §. 9. *D. ad L. Iul. de adulter. coërc.* Nam non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti praeiudicat, cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.

33) S. den 2. Th. dieſes Commentars §. 139. S. 277. der 2. Aufl. Man vergleiche auch *Franc.* Duarenus Commentar. in hunc Tit. Cap. III. pag. 937. und *Ulr.* Huber Eunom. Rom. ad h. L. 29. §. 2 pag. 779.

34) *Basilica* Tom. III. pag. 49. not. e.

Erbſchaft zu thun. Das Kind möchte immerhin ein spurius geweſen ſeyn; es würde auch, als ein ſolches, ſeine Mutter nach dem Senatusconsulto Orphitiano beerbt haben [35]). Allein war das Kind in der väterlichen Gewalt, ſo erwarb der Vater nach dem Rechte der damaligen Zeit die mütterliche Erbſchaft, wenn er demſelben den Befehl zur Antretung derſelben gab [36]). Denn in Anſehung des mütterlichen Vermögens der Kinder hatte damals noch kein beſonderes Recht ſtatt [37]). Der Befehl des Vaters, welcher immer der Erbſchaftsantretung vorausgehen mußte [38]), wurde aber beſonders darum für nöthig gehalten, damit der Vater nicht wider ſeinen Wil-

35) §. 3. *I. de SCto Orphitiano.* Eben dieſes bemerkt auch der griechiſche Scholiaſt in den Baſiliken Tom III. pag. 49. lit. f. Καὶ ὁ σπούριος. κληρονομεῖ τῆς μητρὸς, καὶ τῶν τῆς μητρὸς κογνάτων.

36) S. *Jos.* Finestres Praelect. Cervariens. s. Commentar. ad Tit. Pand. de acquir. vel omitt. hered. P. II. Cap. 5. §. 27. sqq. pag. 318. sqq. und *Arn.* Vinnius in Comm. ad §. 2. I. de SCt. Tertull. et ad pr. I. de SCto Orphit.

37) S. *Christ.* Rau Histor. iur. civ. de peculiis. *Lipsiae* 1770. §. 9. Die Stelle aus Cajus *libro sing. ad SCtum orphitianum* nämlich die *L.* 8. *D. ad SCtum Tertull. et Orphit.* iſt nicht entgegen. Denn wenn Cajus daſelbſt ſagt: Sacratissimi Principis nostri Oratione cavetur, *ut matris intestatae hereditas ad liberos, tametsi in aliena potestate erunt, pertineat*; ſo war dem Vater dadurch der Gewinn der Erbſchaft ſelbſt noch keinesweges entzogen worden.

38) *L.* 25. §. 4. *D. de acquir. vel omitt. heredit.*

gereichen können, wie Weber [31]) sehr richtig bemerkt hat. Sie mag auch Ehebrecherin seyn, sagt Papinian [32]) und doch kann das Kind den Ehemann zum Vater haben. Der wahre Grund ist, weil eine solche Angabe der Mutter, wodurch sie noch dazu ihre eigene Schande bekennt, die aus einer rechtmäßigen Ehe entspringende, und für die Paternität streitende Vermuthung, wenn ihr sonst keine Gründe einer physischen Unmöglichkeit entgegenstehen, an und für sich nicht zu entkräften vermag [33]). Nur allein die Wahrheit kann also hier entscheiden, wie auch oben *L.* 13. *h. t.* der Kr. Trajan bey Celsus rescribirt hatte. Der griechische Scholiast [34]) hat die letzten Worte unsers Fragments so erklärt: *λέγει ὁ Σκαιβόλας· χρὴ τὸν τῆς ὑποθέσεως ἀκροώμενον μὴ τῇ καταθέσει πείθεσθαι τῆς μητρὸς, ἀλλὰ τὸ ἀληθὲς μᾶλλον σκοπεῖν.* i. e. *Respondit* Scaevola, *eum qui de causa cognoscit, matris depositioni fidem adhibere non debere, sed potius veritatem spectare.*

Dem Vater war es in dem Falle, von welchem Scävola spricht, nur hauptsächlich um die mütterliche

31) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Abschn. V. Not. 29. S. 148. f.

32) *L.* 11. §. 9. *D. ad L. Iul. de adulter. coërc.* Nam non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti praeiudicat, cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.

33) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 139. S. 277. der 2. Aufl. Man vergleiche auch *Franc.* Duarenus Commentar. in hunc Tit. Cap. III. pag. 937. und *Ulr.* Huber Eunom. Rom. ad h. L. 29. §. 2 pag. 779.

34) *Basilica* Tom. III. pag. 49. not. e.

Erbschaft zu thun. Das Kind möchte immerhin ein spurius gewesen seyn; es würde auch, als ein solches, seine Mutter nach dem Senatusconsulto Orphitiano beerbt haben [35]). Allein war das Kind in der väterlichen Gewalt, so erwarb der Vater nach dem Rechte der damaligen Zeit die mütterliche Erbschaft, wenn er demselben den Befehl zur Antretung derselben gab [36]). Denn in Ansehung des mütterlichen Vermögens der Kinder hatte damals noch kein besonderes Recht statt [37]). Der Befehl des Vaters, welcher immer der Erbschaftsantretung vorausgehen mußte [38]), wurde aber besonders darum für nöthig gehalten, damit der Vater nicht wider seinen Wil-

35) §. 3. *I. de SCto Orphitiano.* Eben dieses bemerkt auch der griechische Scholiast in den Basiliken Tom III. pag. 49. lit. f. Καὶ ὁ σπούριος κληρονομεῖ τῆς μητρὸς, καὶ τῶν τῆς μητρὸς κογνάτων.

36) S. *Jos.* Finestres Praelect. Cervariens. s. Commentar. ad Tit. Pand. de acquir. vel omitt. hered. P. II. Cap. 5. §. 27. sqq. pag. 318. sqq. und *Arn.* Vinnius in Comm. ad §. 2. I. de SCt. Tertull. et ad pr. I. de SCto Orphit.

37) S. *Christ.* Rau Histor. iur. civ. de peculiis. *Lipsiae* 1770. §. 9. Die Stelle aus Cajus *libro sing. ad SCtum orphitianum* nämlich die *L.* 8. *D. ad SCtum Tertull. et Orphit.* ist nicht entgegen. Denn wenn Cajus daselbst sagt: Sacratissimi Principis nostri Oratione cavetur, *ut matris intestatae hereditas ad liberos, tametsi in aliena potestate erunt, pertineat*; so war dem Vater dadurch der Gewinn der Erbschaft selbst noch keinesweges entzogen worden.

38) *L.* 25. §. 4. *D. de acquir. vel omitt. heredit.*

ten durch die Erbschaft verpflichtet, und mit Schulden belastet würde [39]). Bey der Bonorum possessio war zwar der iussus patris nicht erforderlich, hier genügte schon die bloße Genehmigung [40]); allein ward die Erbschaft nach dem Civilrecht dem Kinde deferirt, wenn auch nicht gerade nach den Gesetzen der zwölff Tafeln, sondern nur ex Senatusconsulto Orphitiano, so blieb es bey der Regel, vermöge welcher der iussus patris nothwendig war [41]). Nach dem neuern Rechte ist die mütterliche Erbschaft ein peculium adventitium des Kindes, woran dem Kinde das Eigenthum, dem Vater hingegen nur der Nießbrauch zusteht [42]). Ist nun gleich die Einwilligung des Vaters auch nach dem neuern Rechte nöthig, so kann doch der Sohn wenigstens in dem Falle die Erbschaft selbst auf seine Gefahr antreten, da der Vater seine Einwilligung versagt [43]).

---

39) *L. 6. pr. D. eodem.*

40) *L. 6. §. 1. D. eodem.*

41) *L. 6. §. 2. D. eodem.* Ganz unrichtig hat diese Stelle *Franc.* Balduinus in Commentar. in Institut. Tit. de SCto Orphit. ad v. *Etiamsi alieno iuri subjecti sint.* pag. 425. verstanden. Man sehe Finestres c. l. §. 43. pag. 331. und Westphal syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente ꝛc. §. 114. u. 115.

42) *L. 1. Cod. de bonis matern.*

43) *L. ult. §. 1. Cod. de bonis, quae liberis.*

L. 30. * * * * 44) *Libro primo Responsorum Festo respondit.*

Si ancilla fuit, ad libertatem perductam non videri neque per fideicommissi relicti sibi probationem, nec quod alimenta sunt ut nutrici praestita.

44) In der Taurelliſchen Ausgabe iſt hier für den Namen des Verfaſſers ein leerer Raum gelaſſen, welcher ohngefähr ſieben bis acht Buchſtaben enthalten könnte. Dieſen Raum haben Haloander, Miräus und Baudoza durch das Wort *Idem* auszufüllen geſucht, weil ſie geglaubt haben, dieſes Fragment gehöre dem Scävola an, von dem das vorhergehende herrührt. *Jac.* Cujacius in Commentar. in Libr. I. Responsor. Cervidii Scaevolae (*Operum* a Fabroto editor. Tom. III. pag. 224.) zweifelt jedoch an der Aechtheit dieſes Fragments. Denn es ſteht nicht in den Baſiliken. Nun befindet es ſich zwar in der florentiniſchen Handſchrift; allein Taurellius macht in ſeinen Adnotatis die Bemerkung, *Lex penult. et finalis parenthesi sunt conclusae, ut pro deletis notentur;* und Contius ſagt in ſeiner Ausgabe mit voller Zuverſicht; *delendas autem esse, magnum argumentum est, quod in nullis manuscriptis reperiuntur, quos quidem viderimus. Sane Graeci ad L. 8. D. de statu hom. citant. L. Imperatores pro ultima huius tituli.* Brenkmann in der Gebauer. Ausgabe des Corp. iur. beſtätiget dieſes noch mehr dadurch, daß er in den 13 Handſchriften, welche er geſehen, die beyden letzten Geſetze dieſes Titels nicht gefunden habe, und ich füge noch die Bemerkung hinzu, daß ſie auch in unſerm Cod. Erl. nicht ſtehen. *Andr.* Alciatus Dispunction Lib. I. cap. 6. entdeckte zuerſt dieſe Lücke, und ergänzte ſie aus

Wenn ein Herr seiner Sklavin ein Fideicommiß hinterlassen hatte, ohne ihr jedoch dabey die Freyheit ausdrücklich vermacht zu haben; so entstand die Frage, ob nicht das Fideicommiß der Billigkeit nach so zu erklären sey, daß daraus der Wille des Testirers, die Sklavin solle auch die Freyheit haben, vermuthet werden könne? Der Verfasser unsers Fragments entscheidet diese Frage verneinend. Zwar war es unter den ältern Rechtsgelehrten vor Justinian streitig, ob die Einsetzung eines eignen Sklaven zum Erben, ohne ausdrückliche Freyheitsertheilung, gültig sey? Die meisten röm Rechtsgelehrten waren indessen der Meinung, die Einsetzung sey ungültig, und dieses behaupteten besonders Ulpian [45]) und Papinian [46]). Ihr Grund war, weil die Freyheit ein weit höheres und kostbareres Gut sey, als die Erbschaft. Es scheine also ungereimt zu seyn, die Freyheit zur rechten

den florentinischen Pandecten. Er hielt aber die *L.* 30. noch für einen Paragraphen der vorhergehenden *L.* 29. welche dem Scävola zugeeignet wird. So erscheint denn auch die *L.* 30. als der §. 2. der *L.* 29. in der Ausgabe des *Claud.* Chevallonius. Paris 1527. 8. und des Baudoza Cestius, und zwar in jener ohne alle Inscription, in der letztern aber mit der Inscription: Idem *lib. Responsorum Festo respondit.* Erst Haloander trennte sie von der *L.* 29. fügte aber das Wort *Idem* in der Inscription bey, weil er den Scävola für den Verfasser hielt, obgleich solches in der florent. Handschrift nicht steht.

45) *Fragm. Tit. XXII.* §. 12. Sed si *sine libertate* sit institutus, omnino non consistit institutio.

46) *L.* 76. *D. de heredib. instit.*

lichen Folge einer hinterlaſſenen Erbſchaft zu machen [47]). Noch wenigerem Zweifel war es alſo unterworfen, daß ein Herr ſeinem eigenen Sklaven ohne Liberität nichts gültig vermachen konnte. Papinian ſagt es ganz beſtimmt *Lib. XV. Quaestionum* [48]): Nec *sine libertate* aliquid servo *legari* potest. In dem Falle, wovon unſere L. 30. ſpricht, war zwar von einem Fideicommiß die Rede. Fideicommiſſe aber unterſchieden ſich vor Juſtinian beſonders darin von Legaten, daß ſie mehr nach dem Willen des Verſtorbenen, als nach den Worten erklärt wurden [49]), und daher eine ausgedehntere Eigenſchaft hatten, als Vermächtniße [50]), indem man letztere blos buchſtäblich verſtand, bey den erſtern aber mehr die Willensvermuthung und Billigkeit eintreten ließ [51]). Die Fideicommiſſaria hatte überdem auch noch den Grund für ſich, daß ſie in dem Hauſe ihres verſtorbenen Herrn Amme geweſen, und als ſolche, beſſer war gehalten worden, als eine andere Sklavin. Dieſes alles ſchien alſo

47) S. Vinnius Commentar. ad §. 2. I. Qui et ex quibus causis manumittere.

48) *L. 76. D. de heredib. instit.* Ein wichtiges Zeugniß giebt uns auch Plinius *Lib. IV. Epist.* 10. Contuli cum prudentibus, convenit inter omnes, *nec libertatem deberi, quia non sit data: nec legatum, quia servo suo dederit.*

49) *L.* 127. *D. de legat. I. L.* 64. *D. de legat. II L.* 11. §. 19. *L.* 95. *D. de legat. III. L.* 67. §. 1. *D. ad SCtum Trebell. L.* 16. *Cod. de fideicommiss.*

50) §. 3. *I. de legat.*

51) S. *Theoph.* Martin Diss. lancem saturam discriminum inter legatorum fideicommissorumque species quasdam obtinentium sist. *Goett.* 1767. §. X.

die Absicht des Erblassers vermuthen zu lassen, daß er seiner Sklavin mit dem Fideicommiß auch stillschweigend die Freiheit habe vermachen wollen. Dennoch war dieses alles noch nicht hinreichend, derselben die Freyheit zuzuerkennen. Denn gerade hierin war zwischen Fideicommiß und Legat kein Unterschied. So rescribirte auch Kaiser Antoninus an den Sulpitius[52]: Servis testamento dominorum *non data libertate* legatum seu *fideicommissum* relictum non valet: nec convalescere potest, licet post mortem testatoris libertatem aliqua ratione consecuti sint[53]. Eben so war aber auch die gute Gesinnung, die sonst der römische Hausvater aus Liebe zu seinen Kindern gegen die Amme derselben zu hegen pflegte, zur Begründung einer vermutheten Willensmeinung desselben für die Ertheilung der Freyheit nicht hinreichend, wenn sie ihr nicht zugleich mit dem Legate oder Fideicommiße namentlich war vermacht worden[54]. War dieses nicht geschehen, so konnte ein Herr seinen eignen Sklaven nur allenfalls den Unterhalt vermachen[55]. Justinian sanctionirte nun zwar nachher

52) *L.* 4. *Cod. de legatis.*

53) Ein Gleiches galt von den eignen Sklaven des Erben. *L.* 8. § 1. *D. de legat. III.* S. Westphals Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 43.

54) S. *Jac.* Cujacius Comment. in Tit. de probationib. ad h. L. 30. (*Oper.* a Fabroto editor. Tom. IV. P. I. pag. 924.) und *Ejusd* Commentar. in libr. I. Responsor. Cervidii Scaevolae. (Tom. III. *Oper.* pag. 224.)

55) *L.* 113. §. 1. *D. de legat. I. L.* 16. *D. de legat. annuis. L.* 17. *D. de alimentis vel cibar. legat.*

die billigere Meinung des Atilicinus [56]), und verordnete, daß ein Herr seinen Sklaven, auch ohne besondere Erwähnung der Freyheit, gültig solle zum Erben einsetzen können [57]), weil es nicht wahrscheinlich sey, daß ein Herr, welcher seinen eignen Sklaven zu seinem Erben ernannt hat, ohne ihn jedoch dabey ausdrücklich die Freyheit geschenkt zu haben, gewollt habe, daß der eingesetzte Erbe ein Sklave bleiben, und Niemand sein Erbe seyn solle [58]). Dennoch ließ er in Ansehung der Vermächtniße und Fi-

L. 39. §. 2. *D. famil. ercisc.* S. Cujacius Comment. in Lib. I. Responsor. Cervid. Scaevolae, ad L. cit. 39. *Oper.* Tom. III. p. 210. und Westphal Syst. der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 98.

56) *Pr. I. de heredib. instituend.* Hodie vero etiam *sine libertate*, ex nostra Constitutione heredes eos (sc. *proprios servos*) instituere permissum est. Quod non per innovationem introduximus, sed quoniam et aequius erat, et Atilicino placuisse *Paulus* suis libris, quos tam ad Massurium Sabinum, quam ad Plautium scripsit, refert. *Franc.* Hotomanus in Commentar. ad Instit. h. l. pag. 182. meint, daß auch Paulus, der über den Massurius Sabinus und Plautius commentirte, derselben Meinung gewesen sey.

57) *L.* 5. *Cod. de necessariis servis heredib. instituend.* und *Em* Merillius in Expositionib. in L. Decision. Justiniani. ad h. L. in *Operib. Neapoli* 1720. edit. Tom. II. pag. 100 — 103.

58) §. 2. *J. Qui et quibus ex causis manumitt. non poss.* cum non est verisimile, eum, quem heredem sibi elegit, si praetermiserit libertatis donationem, servum remanere voluisse, et neminem sibi heredem fore.

beicommisse das ältere Recht unabgeändert [59]). Hier soll jene zu Gunsten der Freyheit gesetzlich angenommene conjectura voluntatis nicht Platz greifen; jedoch dem Sklaven das Legat oder Fideicommiß, wenn er gleich in der Sklaverey bleibt, von dem Erben geleistet werden. Merille [60]) setzt den Grund dieses Unterschiedes darin, weil eine Erbeneinsetzung ehrenvoller sey, als ein bloßes Vermächtniß, und beruft sich deshalb auf die *L. 5. §. 6. D. de legatis praestand. contr. tab. B. P. petita.* Allein der Grund scheint mir vielmehr darin zu liegen, weil, wenn die Erbeinsetzung ungültig ist, das Testament zu Grunde geht; das Legat aber der Sklave auch ohne Freyheit genießen kann; darum nahm Justinian blos bey der Erbeinsetzung eine stillschweigende Manumission zur Erhaltung des Testaments zur Hülfe.

---

59) *L. 5. §. 2. Cod. de necessar. servis.* Illo videlicet observando, ut si *legatum*, vel *fideicommissum* eis *sine libertate* relinquatur, maneant in servitute: non tamen ita impii heredes existant, ut liberalitatem testatoris, et serviles labores debita remuneratione defraudare conentur, et non derelictum, licet adhuc servis constitutis, donent.

60) Cit. loc. ad §. 2. L. 5. Cod. cit. pag. 103.

L. 31. [61]) *Libro secundo Mactorio Sabino* [62]).

Commemorationem in chirographo pecuniarum, quae ex alia causa debere [63]) dicuntur [64]), factam, vim obligationis non habere.

Mehrere Rechtsgelehrten machen der Sanction dieſes Geſetzes den Vorwurf, daß ſie auf keinem gerechten Grunde beruhe. Daher werde auch dieſes Fragment in den florentiniſchen Pandecten, als ganz unnütz, in Haken eingeſchloßen. So Autumnus, Mornac und Grönewegen. Man ſagt überdem, das ganze Geſetz ſey vom Juſtinian durch die *L.* 13. *Cod. de non numerata pecunia* aufgehoben. Allein wie höchſt ungerecht dieſer Vorwurf ſey, und wie wenig dieſe Verordnungen einander entgegenſtreiten, hat ſchon Ulrich Huber [65]) dargethan. Um dieſes näher zu beurtheilen, iſt vor allen Dingen der richtige Sinn unſers Fragments zu beſtimmen. Dieſer iſt folgender.

Wenn in einem Schuldſcheine, noch eines andern Schuldſcheins, oder einer andern Schuld gedacht wird, die vielleicht aus einem früheren Darlehn, oder aus ei-

61) Haloander, Chevallon, Miräus und Baudoza ſchalten hier IDEM ein.

62) Haloander respondit Materno Sabino. Baudoza ad Masurium Sabinum respondit. Brenckman bey Gebauer M. Actorio Sabino.

63) Haloander, Chevallon, Miräus, Merlin, Hugo a Porta, Baudoza, und die Pariſer Ausgabe von 1576. *apud Sebastianum Nivellium* f. leſen alle deberi.

64) Chevallon dicantur.

65) Eunomia Romana, ad Lib. XXII. eiusq. L. ult. h. t. p. 780. sq.

nem Kaufe, oder aus einem andern Grunde entſtanden iſt, mit derjenigen Schuld aber, worüber der Schuldſchein ausgeſtellt worden, in keiner Verbindung ſteht; ſo begründet dieſe bloße Erwähnung noch kein Forderungsrecht für den Inhaber deſſelben, wenn er behauptet, daß ihm der Ausſteller noch aus einem andern Contract ſchuldig ſey, wenn nicht durch Production des in dem Chirographum erwähnten Schuldſcheins im Original, oder auf andere Art bewieſen wird, daß dieſe Schuld ihre Richtigkeit habe [66]).

Von ganz anderm Inhalte iſt die *L.* 13. *Cod. de non numerata pecunia.* Hierin iſt nicht von Erwähnung einer andern Schuld, ſondern von eben derſelben die Rede, worüber der Schuldſchein ausgeſtellt worden iſt, wo das Darlehn durch ein demſelben vorausgegangenes, und in der Handſchrift beſonders angeführtes rechtliches Geſchäft begründet wurde. Hier ſoll kein weiterer Beweis einer Numeration von dem Gläubiger erfordert werden, ſondern der Ausſteller der Handſchrift ſoll den wider ihn vorhandenen Beweis durch den ſtrengſten Gegenbeweis entkräften. Es iſt dieſes Geſetz ſchon an einem andern Orte [67]) ausführlicher erklärt worden. Durch dieſe Verordnung iſt alſo die *L. ult. h. t.* ſo wenig aufgehoben worden, daß vielmehr der Inhalt derſelben durch

66) *Jac.* Cujacius Comment. in Lib. II. Responsor. Cervid. Scaevolae ad h. L. ult. *Oper.* a Fabroto editor. T. III. p. 230. und in Comment. in Tit. 3. Lib. XXII. Dig. de probat. ad h. L. *Oper.* Tom. IV. P. I. pag. 924.

67) S. den 12. Th. dieſes Commentars §. 786. S. 106 — 109.

ein noch neueres Gesetz des Kaisers Justinian bestätigt worden ist. Es ist die Novelle 119. Kap. 3. wo die Worte nach Hombergks Uebersetzung so lauten. Insuper et hoc jubemus, si quis in instrumento aliquo alterius instrumenti mentionem fecerit, ut nulla ex hac mentione exactio fiat: nisi alterum quoque instrumentum, cuius mentio in altero facta est, proferatur, vel aliter secundum leges probetur, quantitatem, cuius mentio facta est, revera deberi: hoc enim *in veteribus etiam legibus* invenimus [68]). Es ist sehr merkwürdig, daß sich Justinian hier auf die ältern Gesetze beziehet, welches der Aechtheit unserer *L. ult.* ein nicht geringes Gewicht giebt. Denn daß diese Gesetzstelle in der florentinischen Handschrift mit Haken eingeschlossen ist, beweist noch nicht gleich deren Unächtheit, sondern ist nur ein Erinnerungszeichen, daß diese Stelle sich nicht in allen Handschriften finde. Da sich nun, außer unserm Fragment, sonst nichts darüber in den ältern Gesetzen findet, so ist es sehr wahrscheinlich, was auch Huber [69]) meint, daß Justinian dasselbe im Sinn gehabt habe. Es ist auch nicht wohl zu begreifen, warum es gerade vernunftwidrig sey, und mit der Treue und Redlichkeit im Widerspruche stehen sollte, wenn einer solchen blos beyläufig und nur im Vorbeygehen geschehenen Erwähnung einer Schuld in einer

68) Es ist daraus die Auth. *Si quis* Cod. de edendo genommen. S. *Jac.* Cujacii Exposit. Nov. CXIX. *Matth.* Stephani Commentar. in eand. Nov. nr. 10. pag. 674. *Jo. Conr.* Rittershusen in Jur. Justin. P. IX. Cap. 27.

69) Eunomia Rom. ad h. L. §. 2. in fin. pag. 781.

Handschrift, welche über eine ganz andere damit in keiner Beziehung stehende Schuld ist ausgestellt worden, die Verbindungs- und Beweiskraft abgesprochen wird, indem es vielmehr in vollkommener Harmonie mit der klaren Vorschrift derjenigen Gesetze [70]) steht, nach welchen nur ein solcher Schuldschein wider den Aussteller vollkommen beweisen, und den Inhaber desselben ein Klagerecht geben soll, der über eine Schuld, mit Anführung des früheren Rechtsgeschäfts, wodurch dieselbe begründet worden ist, ist ausgestellet worden.

So wie nun nach dem Inhalte unsers Fragments eine blos neben bey geschehene Erwähnung einer Schuld in einer Handschrift, die über eine andere Schuld ist ausgestellt worden, dem Gläubiger an sich noch kein Forderungsrecht giebt; so schadet ihm dagegen auch die nicht geschehene Erwähnung einer früheren Schuld in einem über eine nachher noch entstandene Schuld ausgestellten Chirographum an seinem Forderungsrechte nichts, wenn sonst die Schuld ihre erweisliche Richtigkeit hat, wie Paulus *libro IV. Responsorum* [71]) ausgesprochen hat: Lucio Titio cum ex causa iudicati pecunia deberetur, et eidem debitori aliam pecuniam crederet: in cautione pecuniae creditae non adjecit sibi praeter eam pecuniam debitam sibi ex causa iudicati. Quaero, an integrae sint utraeque Lucio Titio petitiones? Paulus respondit, nihil proponi, cur non sint integrae.

70) *L. 5. et L. 13. Cod. de non num. pec.*

71) *L. 29. D. de obligat. et action.*

Ergänzungen und Berichtigungen.

Zu *L.* 1. S. 232.

1) In Ansehung der Lesart. Chevallon quaeritur. Mirăus statt oportet, oportere.

2) In Ansehung der Erklärung hat Cujaz in Commentar. ad Tit. 3. Lib. XXII. Dig. de probat. Operum a Fabroto editor. Tom. IV. P. I. pag. 908. seine Meinung (S. 235.) wieder geändert, indem er den Ausdruck *gentem habere* so erklärt, iura gentilitatis ac familiae habere, und daselbst behauptet, genus sey von gens nicht unterschieden, sondern Beydes bedeute dasselbe.

Zu *L.* 6. S. 264.

1) Lesart. Chevallon und Mirăus: Patronus manifeste docere debet.

2) Commentar. Cujaz Comment. in h. Tit. Dig. ad h. L. T. IV. P. 1. *Oper.* p. 910. bezieht dieses Fragment auf die actio Faviana, welche Statt hatte, wenn der Freygelassene mit Hinterlassung eines Testaments verstorben, und durch Schenkungen unter den Lebenden (so erklärt er den Ausdruck *dedisse*) sein Vermögen zum Nachtheil des Patrons vermindert hatte. Die actio Calvisiana gehöre nicht hierher, denn diese habe nur Statt gehabt, wenn der Freygelassene ohne Testament verstarb.

L. 3. §. 3. *D. Si quid in fraudem patroni. L.* 2. *C. eodem.* Allein warum die L. 6. nicht auf beyde Klagen zu beziehen sey, ist nicht abzusehen. Man sehe vielmehr *L.* 1. §. 11. *D. eodem.*

S. 265. Lin. 14. ist statt gen vielmehr mögen zu lesen.

S. 271. Not. 48. Cujacius in Comm. in h. Tit. p. 911. will die Lesart *ex indiciis* in der *L.* 6. *C. de dolo malo* verwerfen, und dafür *ex insidiis* lesen, welches denn soviel heissen soll, als ex machinis perspicuis. Allein zu dieser Emendation ist kein hinreichender Grund vorhanden.

Zu *L.* 8. S. 276.

1) Lesart. Chevallon: Si filius in potestate patris *se* esse neget. Miräus hat das *se* in Haken eingeschlossen.

2) Commentar. Cujacius in Comm. cit. ad h. L. p. 911. bemerkt hier Folgendes: Haec lex non pertinet ad certum actionum genus, sed ad *cognitionem praetoriam*, per quam disceptatur, filius sit in potestate patris nec ne. Nam si quis dicat, filium esse in sua potestate, et filius neget, de hac extra ordinem disceptatur. *L.* 3. §. 3. in fin. *et* §. 4. *D. liberis exhibend.* (XLIII. 30.) *L.* 1. §. 2. *D. de Rei vindicat.* Quaero, quis in hac causa debeat probare? Lex ait, filium probare debere. *Nam haec negatio pro affirmatione est: effectu enim dicit, se esse liberum vel emancipatum. Ideoque et servus, qui se liberum dicit, hoc probare debet. Praeterea pietas, quae patri debetur, hoc exigit, ut ipse potius filius suscipiat opus probandi. L.* 1. *L. ult. D. de obsequiis parentib. praest.* Notandum de patria potestate disceptari, non tantum *cognitione praetoria*, sed etiam *praeiudicio*, id est, actione praeiudiciali reddita inter patrem et filium. *L. cit.* 1. §. 2. Allein daß die hier vom Cujaz angeführten Gründe nicht die wahren Entscheidungsgründe sind, und überhaupt der wahre Gesichtspunct nicht gefaßt worden, habe ich in meinem Commentar über dieses Gesetz gezeigt.

Zu L. 9. S. 283. ff.

1) Lesart. Chevallon: ut ipsius duntaxat persona coarctaretur. Miräus: ut ipsius duntaxat [debitoris] persona artaretur. Merlin: ut ipsius duntaxat [debitoris] persona coarctaretur.

2) Commentar. Auch Cujaz in Comm. ad h. L. p. 913. erklärt dieses Gesetz von der exceptio de non petenda pecunia. Hat übrigens nichts Erhebliches dabey bemerkt. Ich bemerke nur noch, daß die S. 286. mit mehreren Rechtsgelehrten angenommene Meinung, das Edict des Prätors de pactis sey hauptsächlich auf die pacta de non petendo gegangen, zwar von *Jo.* Richer in Vindiciis Praetoris Rom. et iuris honorarii. *Lugduni Batavor.* 1748. 8. §. XI. Not.***. p. 59—66. angefochten worden; allein die von ihm für die entgegengesetzte Meinung angeführten *L.* 1. 4. 5. et 6. *D. de pact.* entkräften sie im mindesten nicht. Die *L.* 18. *Cod. de pact.* aber spricht von pactis in bonae fidei contractibus adjectis, aus welchen nicht der Prätor, sondern schon das Civilrecht eine Klage gab, wenn sie in continenti angehängt waren worden, weil sie als ein Theil des Contracts angesehen wurden. *L.* 7. §. 5. *D de pact. L.* 72. *D. de contr. emt.* Endlich die *L.* 29. *C. eodem.* redet von dem pacto de non utenda fori praescriptione, welches der Kr. Justinian gegen die Zweifel einiger älterer Rechtsgelehrten für gültig und verbindlich erklärt, und sich dabey auf das Edikt des Prätors: *Pacta conventa, quae neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnino observanda sunt*, beruft; und diese Anwendung des Edicts, zur Bestätigung eines pacti de non utendo iure suo dürfte wohl eher einen Beweis gegen Richer, als für ihn geben.

Zu L. 10. S. 289.

Commentar. Cujaz Comment. ad L. h. pag. 914. beseht dieses Fragment des Marcellus auf die actio finium regundorum, und beruft sich dabey auf *L.* 11. *D fin regundor.* Er versteht daher unter census, die libros et tabulas censua-

lea, in quibus possessiones et iugera omnino describebantur. *L. 4. D. de censibus.* MONUMENTA PUBLICA erklärt er durch monumenta finalia, quae scilicet inscripta sunt literis designantibus nomina dominorum et fines agrorum. Ea monumenta, bemerkt Cujaz weiter, praestabant vicem terminorum, quorum erant varia genera, erant *bodones.* PAULUS *Sententiar. Receptar.* Lib. V. Tit. 20. §. 2. *Grumi, οἱ λίθοι; ὁριζονται, τοὺς ὁρους,* et *monumenta* etiam, de quibus est constitutio *Tiberii* apud FRONTINUM libro de Limitibus. *Omne,* inquit, *monumentum nomina dominorum testatur, quae ad iura possessionum pertinere noscuntur.* Horum omnium auctoritas potior est testibus, id est, adversus eorum scilicet censuum et monumentorum, auctoritatem frustra testes producuntur.

Zu L. 11. S. 297.

1) Lesart. Chevallon: quorum *officium* fuit. Merlin und Chevallon: *idonee* caveretur.

2) Commentar. Mit diesem Fragment ist noch *L. 7. D. de magistrat. conven.* zu verbinden, welche aus eben den *Libro XI. Digestor.* des Celsus genommen ist, und zur Not. 49. S. 298. die *L. 2. D. eodem* hinzuzufügen.

Zur L. 12. S. 301.

1) Lesart. Chevallon, Miräus, Merlin, Hugo a Porta und die Pariser Ausgabe vom Jahr 1576. haben Idem scriptum. Chevallon, Miräus, Merlin: *an* oblitus. Miräus: si creditum *petatur.*

2) Commentar. Celsus sucht dem Einwurfe, daß doch sonst nicht dem Beklagten, sondern dem Kläger der Beweis obliege, dadurch zu begegnen, daß er sagt, es gebe allerdings Fälle, wo auch der Beklagte beweisen müsse. Der Fall trete bey der Schuldklage ein, wenn der Beklagte einwendet, die Schuld sey bezahlt. *L. 1. Cod. de probat. L. ult. Cod. de solut. L. 10. Cod. de non numerata pecunia.* S. CUJACII Commentar. in h. L. 12. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 915. sq.

Zu L. 13. S. 302. ff.

1) Leſeart. Chevallon und Miräus: cum de statu aetatis alicuius *quaeritur*. Chevallon, Mir. und Merlin: *ei* potissimum stare. Chevall. und Miräus: quae noceat. Mir. ex quo *praecipue* fidem etc.

2) Commentar. Cujaz. Commentar. ad h. L. pag. 916. bezieht dieſes Fragment auf die restitutio in integrum. *L.* 39. *L.* 40. *D. de minorib.* Er ſetzt jedoch hinzu: Potest etiam referri ad actionem negotiorum gestorum, quae datur adversus curatores ei, qui se maiorem dicit, et res suas vult a curatoribus recipere: nam hic debet probare se maiorem esse. Unter *Status aetatis* verſteht er die Großjährigkeit, ein Alter von 25. Jahren, denn dies nenne Papinian *L.* 77. §. 14. *D. de legat. II.* ad statum suum pervenire; und unter *professiones*, die professiones natalium, nicht die professiones censuales, obwohl auch bey census das Alter angegeben wurde. *L.* 3. *D. de Censibus.*

Zu L. 14. S. 312. ff.

1) Leſeart. Chevallon und Miräus: et quidem si *in possessione* libertinitatis fuit. Chevall. hoc est, ut ingenuus esse pronuncietur. Chevall. Miräus, und Merlin: obtemperari. Ebendieſelben *probanti* ſtatt der unrichtigen florent. Leſeart probandi.

2) Commentar. S. *Iac.* Cujacii Commentar. in h. L. 14. *Oper* T. IV. P. I. pag. 912.

Zu L. 16. S. 318. ff.

1) Leſeart. Miräus: qui probari *posset* — filius *mortuus* non esse. S. 319. Not. 49. Z. 1. iſt defuncti zu leſen.

1) Commentar. Zu S. 321. Z. 1. *L.* 1. *pr. D. de adopt. L.* 14. *Cod. de probat.* S. Cujacii Commentar. in h. L. 16. p. 917.

Zu L. 18. S. 328. ff.

Lesart. Chevall. und Merlin imposita probatione. Commentar S. 330. Z. 2. ist praeiudicium; S. 331. Z. 22. giebt. S. 332. Not. 97. Z. 1. Cap. 37. und S. 333. Z. 2. ingenuus zu lesen. S. 334. Z. 9. ist bey Duaren die Notenzahl 2) zu ergänzen.

Iac. Cujacius Comm. ad h. L. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 912. erklärt die S. 331. Not. 39. angeführte *L.* 12. *D. de excepț.* folgender maßen. Lex autem illa non potest referri ad exceptiones, sed ad actiones, et est coniungenda cum *L. ult. D. Si ingenuus esse dicatur.* Sciendum, in actionibus praeiudicialibus eum probare, secundum cuius intentionem actio data et concepta est. Ut praeiudicio certatur inter Titium et Caium. Titius dicit se esse patronum, Caius vero dicit se esse ingenuum. Si ita sit data actio: *Si paret Titium patronum esse*; Titius actoris partes sustinet. Si vero ita data sit actio: *Si apparet Caium ingenuum esse;* Caius actor intelligitur. Neque vero obstat his quae diximus *L.* 18. *h. t.* Nam sententia eius haec est: licet in praeiudicio patronus non probet, in praeiudicio scilicet, quo agit libertus, dicens se ingenuum, aut quo agit libertus proclamans in ingenuitatem, hic patronus non debet probare. Verum si retro ipse patronus operas petat officiales, quae a solis libertis debentur, tum ipse debet probare, se esse patronum, atque adeo sibi deberi operas officiales.

Zu L. 19. S. 337. f.

§. 1. Chevallon: abfuisse *dicatur*. Merlin: abfuisse [se] dicat. Chevallon: quominus sisteret.

§. 3. Chevallon: quae *compensata* dicitur.

Zu L. 21. S. 350. f.

S. 356. Z. 2. l. solche.

Zu L. 23. S. 366. f.

S. *Iac.* Cujacii Comment. ad h. L. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 919.

Zu L. 24. S. 368.

Z. 1. l. cancellatum.

S. 370. Not. 24. Z. 5. l. chirographum. Vergl. Cujacii Comm. ad h. L. c. l. pag. 919.

Zu L. 25. S. 372. ff.

Cujaz Commentar. ad h. L. c. l. pag. 920. hält dieses Gesetz für eine Constitution des Kaisers Justinian, die er unter dem Namen des Paulus erlassen habe. Dieß habe auch Justinian dem Tribonian erlaubt. *L.* 2. *Cod. de vet. iure enucl.* Allein ich habe dieses Phantom im Commentar widerlegt.

Das Wort *indiscrete* §. 4. erklärt er durch nulla expressa causa, und führt dabey *L.* 8. §. 1. *Cod. de praescript. XXX. vel. XL. ann.* und *L.* 49. §. 3. *Cod. de Episcop. et Cler.* an, bemerkt jedoch, daß in dem letztern Gesetz *indiscrete* für *indistincte* gelesen werden müße.

Zu L. 26. S. 391.

S. *Iac.* Cujacii Comment. in Tit. Dig. de probat. ad h. L. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 922.